# Voraussetzungen, Wesen und Wirkungen des Abholungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität
Halle-Wittenberg

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

vorgelegt von

**Arthur Schmidt,**
Gerichtsreferendar
aus **Liebenrode** (Prov. Sachsen).

Halle a. S.
Buchdruckerei Hohmann
1919.

Referent: Professor Dr. von Gierke.

Meinem verehrten Onkel

Wilhelm Stegemann

in Dankbarkeit gewidmet!

# Inhalt.


Seite

I. Der Abholungsanspruch des § 867 BGB. . . . . 13
1. Zweck (§ 1) . . . . . 13
2. Die Existenzvoraussetzungen (§ 2). . . . . 15
a) Die positive Voraussetzung (§ 3) . . . . . 16
aa) „Sache“ . . . . . 16
bb) „aus der Gewalt“ . . . . . 16
cc) „Grundstück“ . . . . . 21
dd) „Gelangen“ . . . . . 21
ee) „Beweislast“: Sachbesitzer . . . . . 25
b) Die negative Voraussetzung (§ 4). . . . . 25
aa) „inzwischen“ . . . . . 25
bb) „in Besitz genommen“ . . . . . 26
cc) Grundstücksbesitzer oder Dritter . . . 31
dd) Anspruchsvernichtende Einwendung . . 31
3. Das Wesen des Abholungsanspruchs (§ 5) . . 31
a) „Gestatten“ (Klagerecht u. Zwangsvollstreckung) 31
b) Ziel des Anspruchs (Aufsuchung und Wegschaffung) . . . . . 42
c) Rechtliche Natur: possessorisch oder petitorisch? 43
d) Verjährung . . . . . 45
4. Die beteiligten Personen . . . . . 45
a) Der Berechtigte (§ 6) . . . . . 45
aa) Unmittelbarer Besitzer . . . . . 45
bb) Mittelbarer Besitzer (Staffelbesitzer) . . . 46
cc) Mitbesitzer . . . . . 47

Seite

dd) Teilbesitzer . . . . . 47
ee) Besitzdiener . . . . . 47
b) Der Verpflichtete (§ 7) . . . . . 49
aa) Unmittelbarer Besitzer . . . . . 49
bb) Mittelbarer Besitzer . . . . . 49
cc) Besitzdiener . . . . . 51
dd) Bei Ungewißheit über Grundstücksbesitzer Vorlegungsanspruch des § 809 BGB . . 52

II. Der Abholungsanspruch des § 1005 BGB (§ 8) . . 52

III. Die Wirkungen des Abholungsanspruches unter den Beteiligten . . . . . 54

A. Weitere Rechte des Grundstücksbesitzers gegenüber dem Sachbesitzer (§ 9) . . . . . 55
a) Schadenersatzansprüche . . . . . 55
aa) bei gesetzmäßiger (legaler) Durchführung des Abholungsanspruchs: § 867 Satz 2 . 55
bb) bei eigenmächtiger (illegaler) Durchführung: ebenfalls § 867 Satz 2 . . . . . 57
cc) Bei Schaden durch die Sache selbst: §§ 823 ff . . . . . 59
dd) Bei Schaden durch den Sachbesitzer vor Geltendmachung des Anspruchs: § 867 Satz 2 . . . . . 60
b) Kautions- und Leistungsverweigerungsrecht . 60
c) Zurückbehaltungsrecht b.Schadenersatzanspruch 61
d) Zurückbehaltungsrecht bei Anspruch wegen Verwendungen . . . . . 70
e) Weigerung bei wichtigem Grunde . . . . 71
**Anm.:** Ansprüche des Grundstücksbesitzers gegenüber dem Dritten . . . . . 72

B. Weitere Rechte des Sachbesitzers gegen den Grundstücksbesitzer (§ 10) . . . . . 73
1. Rechte des Sachbesitzers, solange die Sache „inzwischen“ nicht in Besitz genommen . . . 73

Seite

a) Zerstörung und Beschädigung der Sache: §§ 823ff 73
b) Entäußerung des Besitzes, um der Gestattung zur Abholung zu entgehen: § 826 . . . . 73
c) Prüfung der Legitimation des Abholers (§ 276) § 823) . . . . . 73
d) Grundlose Weigerung . . . . . 74
aa) Verweigerung schlechthin . . . . . 74
bb) Unberechtigtes Verlangen einer Sicherheitsleistung . . . . . 75

2. Rechte des Sachbesitzers nach „inzwischen“ erfolgter Inbesitznahme . . . . . 75
a) Sachbesitzers Besitz verloren . . . . . 76
b) Sachbesitzers Besitz dauert fort . . . . . 77

3. Konkurrenz zwischen Abholungsanspruch bei Inbesitznahme, die nicht „inzwischen“ erfolgt, und den allgemeinen Eigentums- und Besitzklagen . 78

Anm.: Ansprüche des Sachbesitzers gegenüber dem Dritten . . . . . 80

# Literatur.


Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Gruchots Beitr. 42, 645 ff. 1898.

Bekker: Der Besitz beweglicher Sachen. In Jherings J. 34, 1 ff. 1895.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1914.

Bunsen: Der Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Arch. Bürg. R. 23, 69 ff. 1904.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 5 Aufl. 1910. Bd. II, 5. Aufl. 1912.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1902, Bd. III, 1905.

Denkschrift zum Entwurfe eines BGB. 1896.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Bd. II, 1, 4. Aufl. 1909, bearbeitet von Engelmann; Bd. II, 2, 4. Aufl. 1915, bearbeitet von Raape; Bd. III, 4. Aufl. 1908.

Deutsche Juristen-Zeitung.

Eccius: Schuldhafte Verletzung des Besitzes, in Gruchots Beitr. 53, 8 ff. 1909.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, 1. 2. Aufl. 1904.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 9. Aufl. 1903. Bd. II, 1, 8/9. Aufl. 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 2, Schuldverhältnisse 9/11. Aufl. 1914, bearbeitet von Enneccerus, Bd. II, 1, Sachenrecht, 6/8. Aufl.

1913, bearbeitet v. Wolff, Bd. II, 2, Familienrecht, 4/5. Aufl. 1912, bearbeitet von Kipp und Wolff, Bd. II, 3, Erbrecht, 4/5. Aufl. 1912, bearbeitet von Kipp.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 10. Aufl. 1918.

Gaertner: Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht. In Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, hsg. v. Leonhard Bd. IV, 1901.

O. v. Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. II, 1905.

O. v. Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. 1897.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, Bd. I, 2. Aufl. 1903, Bd. II, 1912.

Juristische Wochenschrift.

Klein: Der Abholungsanspruch aus § 867 und § 1005 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Leipzig 1903.

Kniep: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. 1900.

Kress: Besitz und Recht. 1909.

Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs. Leipzig 1906.

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. Bd. II. 2. Aufl. 1903.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag. Bd. II, 1908.

Maenner: Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. 1906.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6/7. Aufl. 1914.

Mende: Der Abholungsanspruch des Besitzers unter Berücksichtigung der actio ad exhibendum. Diss. Leipzig 1903.

Motive zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I, 5. Aufl. 1909.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 3/4. Aufl. 1910.

Peskatore: Der Abholungsanspruch der §§ 867 und 1005 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Greifswald 1913.

Peters: Der Abholungsanspruch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1907.

Planck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I, 3. Aufl. 1903; Bd. II, 1, 4. Aufl. 1914; Bd. III, 1, 4. Aufl. 1915.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Prym: Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1906.

Raape: Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Bonn 1901.

Rech: Das Rechtsverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Konnexität und dem Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Bonn 1901.

Recht: Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausg. v. Soergel.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hsg. von Mugdan und Falkmann.

Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten. 2. Aufl. 1913.

Rieger: Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Bonn 1901.

Rohde: Studien im Besitzrecht. Abschnitt II 1909.

Schellert: Der Abholungsanspruch des § 867 BGB. unter Berücksichtigung des Zurückbehaltungsrechts des Grundstücksbesitzers. Diss. Rostock 1910.
Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht. 1904.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Schröder: Der Abholungsanspruch der §§ 867 und 1005 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Leipzig 1907.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Stammler: Die Lehre vom richtigen Recht. 1902.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II, 7/8. Aufl. 1912; Bd. III, 7/8. Aufl. 1912.
Straßner: Der Abholungsanspruch des § 867 BGB. unter Berücksichtigung des Anspruchs aus § 1005 BGB. Diss. Leipzig 1908.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Jherings J. 38, 1 ff. 1898.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. I, 3. Aufl. 1906.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I, 9. Aufl. 1906.
Wolff: Das Recht zum Besitze. 1903.

---

Bemerkung:
1. Der abholungsberechtigte Besitzer der Sache wird ohne Rücksicht auf Fortdauer oder Verlust seines Besitzes der Einfachheit halber immer als „Sachbesitzer“ bezeichnet.
2. Sämtliche zitierten Paragraphen beziehen sich, soweit nicht ein anderes ausdrücklich angegeben ist, auf das BGB.

# I. Der Abholungsanspruch des § 867 BGB.

## 1.

### § 1. Sein Zweck.

Der Besitzschutz, der nach der Denkschrift S. 109 dazu bestimmt ist, „den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache zu bewahren", würde in dem Falle versagen, daß eine Sache — aus irgend einem Grunde, z. B. durch Zufall — aus dem Machtbereich einer Person in den einer anderen Person unabhängig von deren Zutun gelangt, ein Anspruch aus Besitzentziehung bezw. Besitzstörung wäre in diesem Falle nicht gegeben, da die Person, in deren Machtbereich die Sache sich befindet, weder dem Sachbesitzer den Besitz entzogen noch ihn im Genusse seines Besitzes gestört, also keine verbotene Eigenmacht begangen hat. Dieser wird ja oft gar nicht darum wissen, daß sich die betreffende Sache in seinem Machtbereiche befindet. Ebenso würde in dem Falle, daß durch Dritte die verbotene Eigenmacht verübt wird, der allgemeine Besitzschutz nicht hinreichen. Ein Tennisspieler schlägt z. B. einen Ball, dessen Eigentümer und Besitzer ein Mitspieler ist, in einem Garten. § 861 versagt hier, da er nur den Anspruch gegen denjenigen gibt, der dem Aktivlegitimierten gegenüber fehlerhaft besitzt, § 862 deshalb, weil der Grundstücksbesitzer nicht Störer ist, der Dritte aber die Störung nicht beseitigen kann. Es wäre daher dem Besitzer nur der Schadenersatzanspruch aus §§ 823 ff. gegeben. Hierauf weist Peskatore S. 14/15 mit Recht hin.

Die allgemeinen Eigentums-Klagen (§§ 985 ff.) würden in all diesen Fällen gleichfalls versagen, da und solange kein Besitzer als passiv Legitimierter vorhanden ist.

Wie kommt indessen der Sachbesitzer wieder in den unbeschränkten Besitz seiner Sache? Auf Grund seiner uneingeschränkten Machtbefugnisse über sein Machtbereich könnte der Grundstücksbesitzer jede Einwirkung von außen, also auch die des Sachbesitzers auf Wiedererlangung seiner Sache gerichtete, ausschließen. Dies würde jedoch mit Recht und Gerechtigkeit im Widerspruch stehen und zu großen Härten gegenüber dem Sachbesitzer führen. Der Gesetzgeber hat daher in § 867 den Versuch gemacht, die sich widerstreitenden Interessen des Sach- und Grundstücksbesitzers einer der Billigkeit entsprechenden Lösung zuzuführen, indem er bestimmte: „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen ist. Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist."

Damit hat der Gesetzgeber zum ersten Mal einen Abholungsanspruch von ganz allgemeiner Natur anerkannt und insofern der früheren Gesetzgebung gegenüber einen ganz neuen Anspruch geschaffen.[1]) Zwar finden sich in den D. X, 4 behandelten actio ad exhibendum, interdictum (actio) de glande legenda, actio de thesauro sowie in ALR. I, 9: § 122 (Bienenschwarm), § 178 (ausgetretene Fische), § 293--296 (übergeworfene Bäume) gleichartige Regelungen gleichgelagerter Fälle; ja die actio ad exhibendum, die ursprünglich nur auf Vor-

---

[1]) Hinsichtlich der Entstehungsgeschichte verweise ich auf Peskatore S. 12 ff.

zeigung einer Sache ging, (wie der in § 809 geregelte Vorlegungsanspruch), also nur präparatorischen Charakter für die demnächst anzustellende rei vindicatio (l. 1 D. X., 4 verba: „maxime propter vindivationes inducta est") aufwies, führte in ihrer Praxis schließlich dahin, daß der in ihr unterliegende Beklagte es nicht mehr auf die Hauptklage (Herausgabe) ankommen ließ, sondern sich jetzt bereits mit Herausgabe bezw. Abholung der Sache einverstanden erklärte. So wurde de facto der in § 867 erstrebte Zweck erreicht. Den Abholungsanspruch aber in allgemeiner Form geregelt zu haben, bleibt Verdienst des Gesetzgebers des BGB.

Seine Voraussetzungen, Wesen und Wirkungen zu erörtern, ist die Aufgabe dieser Arbeit.

2.

## § 2. Die Existenzvoraussetzungen des Abholungsanspruchs.

Der Abholungsanspruch des § 867 hat zwei Existenzvoraussetzungen. Die eine ist in den Worten ausgedrückt: „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Andern befindliches Grundstück gelangt", während die andere lautet: „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist." Die erste wird im Anschluß an Planck allgemein in der Literatur als die **positive,** die letztere als die **negative** Voraussetzung des Abholungsspruchs bezeichnet.

Manche, z. B. Biermann (zu § 867, Ia und b) und Schröder (S. 16), anscheinend auch Bekker (S. 18/19) zerlegen die positive Voraussetzung in zwei dergestalt, daß das Gelangen aus der Gewalt des Besitzers und das Gelangen der Sache auf ein im Besitz eines Andern befindliches Grundstück als je eine selbständige Voraussetzung des Abholungsanspruchs anzusehen ist. Es handelt sich hierbei lediglich um eine äußerliche Scheidung, die sachlich ohne jede Bedeutung ist.

Wir unterziehen zunächst die positive Voraussetzung der Erörterung.

### a) § 3. Die positive Voraussetzung.

Sie ist, wie bereits erwähnt, in die Gesetzesworte gekleidet; „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt." Von diesen Gesetzesworten bedürfen hier vor allem die Ausdrücke „Sache", „aus der Gewalt", „Grundstück", „gelangen" einer Erläuterung und Bestimmung.

aa) Darüber herrscht kein Streit, was unter „Sache" im Anschluß an § 90 zu verstehen ist. Für § 867 kommen nur bewegliche Sachen in Frage. Der menschliche Körper ist keine Sache, kommt daher für § 867 nicht in Betracht, anders der Leichnam. (Vgl. Kommentare zu § 90 BGB.) Indessen wird oft eine **analoge** Ausdehnung auf menschliche Körper angebracht sein, z. B. in dem Falle, daß sich ein Kind im Walde verirrt hat. Was bei Sachen schlechthin gilt, muß m. E. erst recht bei derartigen Fällen als zulässig erachtet werden. Die Beweglichkeit der Sache muß nur im Augenblick des Gelangens auf das fremde Grundstück bestehen; ob sie vorher bestand, ist danach unerheblich. Es fallen daher unter § 867 ebenso das auf das Nachbargrundstück eingestürzte Haus wie der gefällte Baum, der dorthin geschlagen ist. Ebenso ist gleichgültig, ob die Sachen lebende Wesen, Tiere (Hunde, Vögel, Katzen, Fische) sind, oder nicht (Tischdecke, Tennisball, Hut.) (Ebenso: Peskatore S. 18.)

bb) Der Ausdruck „aus der Gewalt" kann im Hinblick auf § 856 Abs. 1, der besagt, daß der Besitz dadurch beendigt wird, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in sonstiger Weise verliert, bedeuten: **Besitzverlust**, und mit Rücksicht auf § 856 Abs. 2, der bestimmt, daß durch eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Behinderung in der Ausübung der Gewalt der Besitz nicht beendigt wird, ebensogut **Besitzfortdauer** im Auge haben. Aus dem blossen Wortlaut ergeben sich also drei Möglichkeiten für die Interpretation des Ausdrucks „aus der Gewalt", nämlich

1. er bedeutet „Besitzverlust“,
2. er ist als „Besitzfortdauer“ auszulegen,
3. er kann beides bedeuten, weder die eine noch die andere Möglichkeit hat als ausgeschlossen zu gelten, vielmehr ist die Frage nach Besitzverlust bezw. Besitzfortdauer gleichgültig.

Alle drei Meinungen haben in der Literatur Vertreter gefunden. Besitzverlust wollen unter den Worten „aus der Gewalt“ verstanden wissen: Bartels (S. 678 ff.), Biermann (zu § 867 Anm. 1b), Rohde (S. 82). Die Vertreter dieser Ansicht müssen konsequent den Abholungsanspruch dem versagen, der durch das Gelangen der Sache auf ein fremdes Grundstück **nicht** aufgehört hat, deren Besitzer zu sein. Das ist aber nicht die ratio des Gesetzes, das ein schnellwirkendes Abhilfemittel bei kleinen Besitzverschiebungen (um solche wird es sich in der größten Mehrzahl der Fälle handeln) schaffen wollte. Diese Theorie hat mit Ausnahme der Auffassung Biermanns, der das Anwendungsgebiet aus praktischen Gesichtspunkten, wie dargelegt werden wird, einengen zu müssen glaubt, ihren Grund in der m. E. zu engen Auffassung der entscheidenden Frage, wann der Besitz als verloren zu gelten hat.

Bartels (S. 678/79) will Besitzverlust als eingetreten ansehen mit dem Gelangen der Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Andern befindliches Grundstück, da eine ihrer Natur nach vorübergehende Behinderung in der Ausübung der Gewalt (§ 856 Abs. 2) hier nicht vorläge, weil ein Betreten des fremden Grundstücks nicht ohne weiteres freistehe.

Biermann (zu § 867, 1b) äußert sich dahin: „Es ist zuzugeben, daß der Wortlaut des Gesetzes nicht ausreichend entscheidend ins Gewicht fällt (für Besitzverlust), denn wenn auch derjenige des § 867 für die hier vertretene Meinung spricht, so spricht doch der Wortlaut des § 1005, der unzweifelhaft denselben Tatbestand voraussetzt, eher dagegen. Entscheidend ist aber, daß es unbedingt geboten ist, das Anwendungsgebiet des § 867 weit mehr als es die herrschende

Meinung tut einzuengen. Man gelangt sonst zu unerträglichen und fast grotesken Konsequenzen: Man nehme nur an, daß das offene Grundstück, auf welches mein Hut, vielleicht wenige Schritte vom Wege entfernt, getrieben worden ist, dem Fiskus gehört. Ehe ich auch nur die zur Gestattung zuständige Behörde ermittelt habe, können Wochen vergehen, und wenn die Gestattung endlich eintrifft, ist mein Hut sicherlich längst verfault oder von einem Dritten, der das Glück hat, den § 867 nicht zu kennen, entwendet. Eine Einschränkung des Anwendungsgebiets des § 867 aber kann ohne Willkür m. E. nur dadurch geschehen, daß man sich streng an den Wortlaut des § 867 hält und ihm vor demjenigen des § 1005 den Vorzug gibt."

Für die Entscheidung der Frage, ob der Besitz als verloren anzusehen ist, bleibt einzig die Bestimmung des § 856 entscheidend. Ebenso; Goldmann-Lilienthal (II, § 7, 1). Nach dessen Absatz 2 zieht eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt keinen Besitzverlust nach sich. Wenn daher, um das Beispiel von Biermann zu benutzen, mein Hut von einem Windstoß erfaßt und auf einem neben dem Wege liegendes Ackerstück getragen wird, so liegt ein Fall des § 856 Abs. 2 vor, ich höre nicht auf, Besitzer zu sein. Soll mir in diesem Falle der Abholungsanspruch versagt sein? Ein höchst unbilliges Resultat. Das dies nicht die ratio legis ist, beweist auch die Fassung des § 1005. Dort ist der Ausdruck „aus der Gewalt" vermieden und durch die im E. I. für § 867 gewählte Ausdrucksweise „sich befindet" ersetzt; da § 1005 weiter auf den im § 867 bestimmten Anspruch verweist, also auch dessen Voraussetzungen mit umschließen will, so ergibt sich unzweideutig, daß die Annahme des Besitzverlustes schlechthin beim Gelangen der Sache auf das fremde Grundstück eine dem Gesetz fremde Auslegung darstellt.

Auch die Biermann'sche Auffassung steht mit dem Zweckgedanken des § 867 im Widerstreit. Bei Besitzverlust wendet Biermann § 867 nicht an, gibt jedoch den Sachbesitzer das Recht, das Grundstück zu betreten. § 867 gewährt aber kein

Betretungsrecht, wie nachzuweisen sein wird. Daher begeht der Sachbesitzer verbotene Eigenmacht, der das Grundstück eigenmächtig betritt. Der verbotenen Eigenmacht könnte sich der Grundstücksbesitzer mit Gewalt erwehren. Ebenso Planck zu § 867 Anm. 1. Denn dem Grundstücksbesitzer fällt keine verbotene Eigenmacht zur Last, wenn er das Betreten verbietet. In diesem Punkte irrt Biermann. Daher stände der Sachbesitzer schutzlos da gegenüber dem Verbote des Grundstücksbesitzers. Seinen Schutz bezweckt aber § 867, nach dem vom Grundstücksbesitzer verlangt werden kann, daß er die Aufsuchung usw. gestattet. Gleichwohl will aber Biermann in allen Fällen wegen des Schadensersatzes auf § 867 zurückgreifen, um den Grundstücksbesitzer zu entschädigen. Insoweit lässt er also seine grundsätzliche Anschauung fallen. Das erscheint willkürlich und nicht gerechtfertigt. Auch seine praktischen Konsequenzen sind nicht ausschlaggebend; sie erledigen sich auch in der richtigen Auffassung des Wesens des Abholungsanspruchs. Hierüber ist später zu handeln.

Nach alledem ist die Theorie, die Besitzverlust unter den Worten „aus der Gewalt“ verstanden wissen will, abzulehnen. Sie verliert auch an grundsätzlicher Bedeutung durch unsere Auffassung des Wesens des Abholungsanspruchs dahin, daß ein Besitzverlust im Augenblicke des Gelangens der Sache auf das fremde Grundstück nicht zur Ausschließung des Abholungsanspruchs geeignet ist.

Die entgegengesetzte extreme Auffassung sieht Fortdauer des Besitzes als Voraussetzung des Abholungsanspruchs an. Sie ist von Kniep (S. 476) aufgestellt. Eine Begründung gibt er nicht. Augenscheinliche Bedenken lassen ihn raten, mit der Besitz-Aufsuchungsklage die Besitz-Entziehungsklage zu verbinden, um auf alle Fälle ein obsiegendes Urteil zu gewinnen, wiewohl auch dies erfolglos sein wird, nämlich dann, wenn die aus der Gewalt gekommene Sache noch in niemandes Besitz gelangt ist. Dann fehlt wieder der Passivlegitimierte. Knieps Ansicht kann nicht richtig sein. Wozu ist der Abholungsanspruch dann überhaupt gegeben, wenn er nur der-

artig problematischen Wert haben soll? Lücken ergeben sich unvermeidlich, wollte man bei Besitzverlust den Anspruch aus § 867 ausschließen. Ein Anspruch aus einem Recht an der Sache ist solange nicht gegeben, wie die aus der Gewalt gekommeue Sache besitzerlos ist; ein solcher aus dem Besitz entfällt, da der Grundstücksbesitzer keine verbotene Eigenmacht verübt hat. Anhänger hat Kniep für seine Ansicht nicht gefunden. So erscheint seine Auffassung veraltet und durch die inzwischen ergangene Literatur gänzlich überholt. Seine Lehre steht in Widerspruch mit den Zweckgedanken des § 867. Ablehnend: Mende (S. 19) und Peskatore (S. 21).

Eine dritte Meinung nimmt an, daß es für die Existenz des Abholungsanspruchs gleichgiltig ist, ob der Besitz des Sachbesitzers fortdauert oder verloren ist. Diese Meinung ist die herrschende und wird vertreten von

> Planck zu § 867 Anm. 2a, v. Staudinger zu § 867, 1a, Neumann I zu § 867 Bem. 2, RGRKomm. zu § 867 Anm 1 v. Gierke, D. Priv. R. S. 254 Anm. 87, Windscheid-Kipp I, S. 838 Ziff. 9; Cosack II § 191 I, 2; Strohal S. 54; Dernburg, III, S. 98; Crome III § 386 S. 239 Anm. 9, Maenner S. 150 Anm. 1; Turnau-Förster I zu § 867 Anm. 4, Kress S. 328 Anm. 872; Endemann II, 1 § 35 Ziff. 2a S. 188, Schellert S. 24; Klein S. 8/9; Strassner S. 12; Peskatore S. 26/27.

Diese Ansicht ist m. E. die richtige. Sie vermeidet die bei den obigen extremen Ansichten notwendig sich ergebenden Lücken im Gesetz, da sie die Frage nicht prüft, ob Besitzverlust oder Besitzfortdauer vorliegt, und so in vielen Fällen den Ausschluss des Abholungsanspruchs bejahen bezw. verneinen müsste. Sie findet ihre Begründung auch im § 1005, der wie der E. I. den Farblosen Ausdruck: „sich befindet“ verwendet. Bei der Verweisung des § 1005 auf § 867 ist offensichtlich, dass die Bezeichnung „sich befindet“ der in § 867 enthaltenen „aus der Gewalt“ gleichsteht. Das gibt Biermann zu § 867 Anm. 1b selbst zu. Der Gesetzgeber hat mit Wohlbedacht die technischen Ausdrücke des § 856 „Beendigung des Besitzes“ und „Verlust der tatsächlichen Ge-

walt“ in § 867 vermieden. „Aus der Gewalt“ ist die Sache aber dann, — wie Turnau-Förster zu § 867 Anm. 4 präzise es ausdrücken, — wenn ihr Besitzer sie ohne das Grundstück zu betreten, nicht wieder erlangen kann. Daraus erhellt, daß die Prüfung der Frage, ob der Besitz verloren ist oder nicht, bei der Feststellung der positiven Voraussetzung des Abholungsanspruchs sich erübrigt.

cc) § 867 spricht nur von einem im Besitz eines Andern befindlichen „Grundstück“, auf das die Sache gelangt. Das wörtlich aufzufassen, entspräche nicht dem Gedanken des Gesetzes. Vielmehr ist im Wege der Analogie festzustellen, daß der Abholungsanspruch sich ebenfalls richten muß gegen den Besitzer beweglicher Sachen, z. B. eines Wagens, Schiffes, Luftschiffes, einer Marktbude, der im § 95 genannten Sachen. Auf letzteres weist Biermann (zu § 867 Anm. 1a) besonders hin. In Betracht kommen weiter fremde Räumlichkeiten, also besonders Mietobjekte. Einen Hinweis, daß dieser Analogieschluß berechtigt ist, ergibt wohl § 790 ZPO., der militärische Dienstgebäude und Kriegsfahrzeuge neben einander stellt. Er wird auch den bunten Erscheinungsformen des Lebens gerecht. Deshalb ist er in der Literatur auch allgemein angenommen. Zustimmend:

> Wolff, Sachenr. § 19 VII, 1; Plank zu § 867 Anm. 7; Biermann zu § 867 Anm. 1a; Endemann II, 1 S. 188 Anm. 19; v. Staudinger zu § 867 Anm. 5; RGRKomm. zu § 867 Anm. 1; Neumann zu § 867 Anm. 6; Raape S. 51, Schröder S. 17; Schellert S. 24; Peskatore S. 19.

dd) Was den Ausdruck „gelangen“ anbetrifft, ist man sich ebenfalls in der Literatur einig, daß es gleichgültig ist, wie sich das Gelangen der Sache auf das fremde Grundstück usw. vollzieht. Im Anschluß an die Motive Bd. III, S. 297 I, die hierzu besagen: „Voraussetzung der Rechtsnorm ist, daß die bewegliche Sache in dem Gebiete eines fremden Grundstücks sich befindet. Die Art und Weise, wie die Sache in das fremde Gebiet gelangt, ist, ob insbesondere durch Zufall oder durch Zutun des Eigentümers derselben, bleibt gleich-

gültig“ — ist hier in der Tat auch zu Zweifeln kein Anlaß gegeben. Es kann also in Frage kommen: Zufall, wie z. B. Verlaufen, Verfliegen, Verkriechen eines Tieres, Herbeitragen oder Verschleppen durch Tiere, Vogelraub, oder Naturereignis, z. B. Wind, Wegschwemmung, Erderschütterung oder Handlung eines Dritten. Hierher gehört besonders der Fall, daß das Gesetz dem Dritten die Besitzstörung oder Besitzentziehung gestattet, z B. unter den Voraussetzungen des § 904. Dabei ist die Sache auf das fremde Grundstück gelangt, ohne daß verbotene Eigenmacht verübt ist. Es scheiden also zu ihrer Wiedererlangung die §§ 862, 861 aus, dagegen ist als einziges Besitzschutzmittel § 867 gegeben. Weiter kommt auch eine Handlung des Sachbesitzers selbst in Betracht, z. B. unvorsichtiges Verhalten (Vergessen) oder mutwilliges Verhalten, z. B. ballspielende Kinder schleudern den Ball auf das Nachbargrundstück (vgl. Mot. 3, 297/98: „culpa in propriis könne man nicht mit der Abschneidung der Rechtsverfolgung bestrafen“). Schließlich ist hierhin zu rechnen vorübergehende freiwillige Besitzaufgabe, z. B. der verfolgte Dieb schleudert die gestohlene Sache über die Mauer eines fremden Grundstücks. Daher ist die Endemann'sche Auffassung (II, 1 § 35 Anm. 19 S. 188), die einem Abholungsanspruch ausschließt, wenn die Sache absichtlich auf dem Grundstück durch einen Dieb versteckt ist, und ebenso die des RGRKomm. zu § 867 Anm. 2: „Nur darf das Ergebnis nicht durch den Sachbesitzer willkürlich herbei geführt sein“ — abzulehnen. Gegen sie spricht schon der farblose Ausdruck „Gelangen“. Auch bei unbestellten Sachen, die in die Wohnung eines Mieters gelangt sind, kann § 867 praktisch werden, wenn dieser nicht Besitzer geworden ist. Hierauf weist v. Staudinger (zu § 867. 1 a) m. E. mit Recht hin. Nach alledem genügt jedes wie immer sich vollziehende „Gelangen“ einer Sache auf ein fremdes Grundstück, um den Abholungsanspruch zu begründen. Ebenso

Planck zu § 867 Anm. 2a; v. Staudinger zu § 867, 1a; Turnau-Förster I zu § 867 Anm. 2; Neumann I § 867

Anm. 1; Kuhlenbeck II zu § 867 Anm. 1; Crome III § 386 Ziff. 1, S. 238; Cosack II § 191 I, 1; Maenner § 18 S. 150; Gaertner S. 195; Strohal S. 53; Bunsen S. 75; Klein S. 5; Mende S. 20; Straßner S. 9/10; Schellert S. 15; Peskatore S. 27.

Hiervon sind jedoch einige Ausnahmen festzustellen. Einmal ist der Abholungsanspruch in den Fällen des Gelangens einer Sache auf ein fremdes Grundstück nicht gegeben, in denen das Gesetz andere Folgen an diese Tatsache knüpft. So z. B. in dem besonders deutlichen Fall des § 911: „Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks", sofern dieses nicht dem öffentlichen Gebrauche dient. An sich wäre auch in diesem Falle der Abholungsanspruch begründet, wenn nicht das Gesetz im Wege der Fiktion ein anderes aus hier nicht zu erörternden Gründen bestimmte. Bei öffentlichen Grundstücken kommt § 867 nicht in Betracht, da jeder ja das Recht hat, diese zu betreten. Bei Früchten, die auf öffentliche Grundstücke fallen, wollen Eck-Leonhard (II § 6 Anm. 1 S. 48) § 867 eingreifen lassen, m. E. mit Unrecht, da auch hier die allgemeine Regel Platz greifen muss. Ferner könnte man im weiteren Sinne als gesetzliche Ausnahmen hierher zählen

a) den Fall des § 962 (Bienenschwarm)
b) die Jagdfolge Art. 69 EG. BGB.
c) Art. 89 EG. BGB., der landesrechtliche Regelung über Selbsthilfepfändung und Schadensersatzanspruch des Grundstücksbesitzers in gewissen Fällen aufrecht erhält.

Weiter scheidet der Abholungsanspruch auch für die Fälle aus, in denen der Grundstücksbesitzer die Sache auf sein Grundstück gebracht hat; denn in seiner Handlung liegt regelmäßig eine verbotene Eigenmacht, zu deren Hebung dem Sachbesitzer die Besitzentziehungsklage gewährt ist. Für diese ist der Passivlegitimierte vorhanden. § 867 muß auch deshalb ausscheiden, weil ein „Gelangen" nicht vorliegt,

vielmehr ein „Verbringen“. Ebenso: Turnau-Förster I zu § 867 Anm. 2, Mende S. 20. Wenn Peskatore (S. 29) dagegen einwendet, daß Fälle denkbar sind, in denen der Grundstücksbesitzer trotz der verbotenen Eigenmacht nicht den Besitz der Sache erlangt, also der Abholungsanspruch besteht, so ist ihm in dem allerdings wohl seltenen Ausnahmefalle zuzustimmen.

Schließlich gehört hierher noch der Fall, daß der **Sachbesitzer** seinen Besitz freiwillig aufgegeben hat, er hat z. B. die Sache in der Absicht der Besitzaufgabe in das Gartengrundstück seines Nachbars über die Grenzmauer geworfen. Steht trotzdem ihm noch der Abholungsanspruch zur Seite oder ist er ihm zu versagen? In der Literatur ist man wegen dieser Frage nicht ganz einig. Die herrschende Theorie verneint in diesem Falle den Abholungsanspruch schlechthin. Vertreter dieser Ansicht sind: Crome III § 386 S. 238 a. E.; Endemann II, 1 S. 188 Anm. 19; Biermann zu § 867 Anm. 1b; Planck zu § 867 Anm. 2a. Letzterer schließt ihn aus mit Analogieschluß aus § 1007 Abs. 2: Wie dort dem Besitzer der Anspruch aus früheren Fahrnisbesitze versagt ist, wenn er den Besitz aufgegeben hat, so soll auch dem Beklagten aus § 867 die Einwendung des freiwilligen Besitzverlustes gegeben sein.

Eine zweite modifizierte Meinung, vertreten von v. Staudinger zu § 867 Anm. 1a und Schellert S. 16, will den Abholungsanspruch bei freiwilligem Besitzverlust dann versagen, wenn der Besitzer den Besitz wirklich aufgegeben hat und aufgeben wollte. Für die Ausschliessung des Anspruchs ist nach Schellert eine Besitzaufgabe im Sinne des § 959 erforderlich. M. E. ist diese Deduktion abwegig; abgesehen davon, daß man die Dereliktion des Eigentums zu der Aufgabe des Besitzes nicht rechtsvergleichend heranziehen kann, darf die Frage hier nur lauten, hat der Besitzer den Besitz aufgegeben oder nicht? In dem Beispiel Schellerts (S. 15), wo der Nachts auf dem Heimweg angefallene Besitzer seine Börse, um sie nicht in die Hände seiner Angreifer fallen zu lassen, über die

nächste Mauer wirft, hat dieser m. E. den Besitz nicht aufgegeben, da es sich nur um eine ihrer Natur nach vorübergehende Behinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt handelt. Ihm ist also der Abholungsanspruch gegeben. Hat aber der Besitzer den Besitz tatsächlich aufgegeben, so bleibt die Frage offen, ob ihm der Abholungsanspruch zuzubilligen ist. Ein positiver Anhalt fehlt im Gesetz. Wenn aber im Falle der Besitzaufgabe der Anspruch aus früherem Fahrnisbesitze, dem bedeutsamsten des Mobiliarsachenrechts (Wolff, Sachenr. § 23 IV) zu versagen ist, so muß dies erst recht bei dem an Bedeutung weit zurückstehenden Abholungsanspruch der Fall sein. Ueberdies wäre es unsinnig, dem einen Anspruch zu gewähren, der unzweideutig zu erkennen gegeben hat, daß er auf ihn verzichtet. Der Anspruch des Eigentümers aus § 1005 wird hierdurch natürlich nicht berührt. Er besteht fort.

Nach alledem ergibt sich als positive Voraussetzung des Abholungsanspruchs: Das Befinden einer Sache auf einem Grundstück, das ein anderer als der Sachbesitzer besitzt. Dabei ist unerheblich, ob der Besitz des Sachbesitzers fortdauert oder verloren ist.

ee) Den Beweis für die positive Voraussetzung („Klagebegründenden Tatsachen") hat der Sachbesitzer zu erbringen.

### b) § 4. Die negative Voraussetzung.

Die negative Voraussetzung unseres Anspruchs ist in die Gesetzesworte gekleidet: „Sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen ist." An den Wortlaut dieser Voraussetzung haben sich eine Reihe von Streitfragen geknüpft, die sich vorwiegend um die Begriffe „inzwischen" und „in Besitz nehmen" bewegen.

aa) Um ein Erlöschen des Abholungsanspruchs herbeizuführen, muß die Inbesitznahme „inzwischen" erfolgt sein. Was heißt „inzwischen" hier? Der Begriff „inzwischen" setzt nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zwei Zeitpunkte voraus,

deren Verbindungslinie er darstellt. Und diese zwei Zeitpunkte sind einmal der des Gelangens der Sache auf das Grundstück und sodann der der Geltendmachung des Abholungsanspruchs. Ebenso

> Endemann II, 1 S. 190 Anm. 26; Biermann zu § 867 Anm. 1 c, Schellert S. 25; Strassner S. 13; Peskatore S. 38.

Die Auffassung Plancks zu § 867 Anm. 2 b, der inzwischen dahin interpretiert, daß die Inbesitznahme nur **vor** der Geltendmachung des Abholungsanspruchs erfolgt sein müsse, um letzteren auszuschließen, ist daher nicht zu billigen. Danach käme nämlich der Abholungsanspruch schon dann nicht mehr in Frage, wenn die Sache mit dem „Gelangen" auf das Grundstück in den Besitz des Grundstückbesitzers gekommen ist. Das ist aber nicht die ratio des Gesetzes. Nur eine in dem mit „inzwischen" bemessenen Zeitraum erfolgte Inbesitznahme soll den Abholungsanspruch ausschließen. Daher steht der Gewährung des Abholungsanspruchs auch nicht die **während** oder **nach** seiner Geltendmachung erfolgte Inbesitznahme der Sache durch den Grundstücksbesitzer entgegen. Ebenso Schröder S. 26, Schellert S. 25 und 37.

bb) Die Gesetzesworte „in Besitz genommen" sind mit die umstrittensten in der Lehre über den Abholungsanspruch. Man wird m. E. zu einer vernünftigen, befriedigenden Auslegung nur gelangen können, wenn man zunächst alle die Fälle ausscheidet, in denen diese „Inbesitznahme" nicht in dem oben festgelegten, durch den Begriff „inzwischen" begrenzten Zeitraume erfolgt. Dahin gehören die Fälle, in denen mit dem bloßen Gelangen der Sache auf das fremde Grundstück der Grundstücksbesitzer Besitz an ihr erwirbt. Die herrschende Meinung

> Biermann zu § 854 Anm. 3 c; Strohal S. 71; Planck zu § 854 Anm. 2; Turnau-Förster zu § 854 Anm. 4; Neumann zu § 854 Anm. 2 b; Raape: Besitzerwerb ohne Besitzwillen; Gärtner S. 130 ff.; Matthiass § 146 S. 435.

hält solchen Besitzerwerb nämlich möglich ohne Willen und Wissen des Grundstücksbesitzers. Eines Eingehens auf diese

Frage bedarf es hier nicht, da bei derartigem Sachverhalt der Abholungsanspruch nicht ausgeschlossen wird, weil die Sache nicht „inzwischen“ in Besitz genommen ist. In gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn der Besitzwille im Voraus gefaßt ist, z. B. jemand stellt Katzenfallen auf seinem Grundstück auf. Hier ist zwar zweifellos der Besitz bereits mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück erworben, aber der Abholungsanspruch ist damit ebensowenig wie im eben dargelegten Falle beseitigt. Vielmehr kann der Katzenbesitzer ihn geltend machen.

Haben wir so die Anwendbarkeit der negativen Voraussetzung bestimmt auf die Fälle beschränkt, für die sie nur in Frage kommen kann, so ist nunmehr zu prüfen, was unter den Worten „in Besitz nehmen“ in § 867 zu verstehen ist. Hierüber herrscht Streit in der Literatur. Zwei Meinungen stehen einander gegenüber. Die einen, so

> Planck zu § 867 Anm. 2b; Crome III § 386 S. 239; Anm. 10; Fischer-Henle zu § 867 Anm. 5; RGRKomm. zu § 867 Anm. 2: Mende S. 21 ff.

wollen „in Besitz nehmen“ mit „Besitz erwerben“ schlechthin identifizieren. In konsequenter Durchdenkung dieser Meinung käme man dahin, im Falle, daß bereits mit dem Gelangen der Sache auf das fremde Grundstück der Grundstücksbesitzer an ihr Besitz erworben hat, einen nochmaligen Besitzerwerb an ihr abzulehnen. Nun ist aber im § 867 ausdrücklich „in Besitz nehmen“ gesagt. Der gleiche Ausdruck ist angewandt in den §§ 571, 958, 984, 1373, 1443, 2205. Prüfen wir, welche Bedeutung ihm in diesem Paragraphen zukommt. In § 561 ist dem Vermieter zum Schutze seines Pfandrechts ein Selbsthilferecht eingeräumt; er kann die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen ohne Anrufung des Gerichts selbständig verhindern und sie, wenn der Mieter auszieht, ihm weg- und in seinen Besitz nehmen (vgl. Enneccerus I, 2 § 353 III). § 958 bestimmt: „Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache. Das Eigentum wird nicht erworben, wenn . . . . durch die

**Besitzergreifung** das Aneignungsrecht eines Andern verletzt wird.“ In diesem Paragraphen sind die Ausdrücke „in Besitz nehmen“ und „Besitz ergreifen“ ohne jeden Zweifel als identische gebraucht. Nach § 984 tritt ein Eigentumserwerb am Schatze erst ein, wenn der Schatz entdeckt (d. h. sinnlich wahrgenommen) und „in Besitz genommen“ ist (vgl. Wolff, Sachenr. § 83 II). § 1373 gibt dem Ehemann das Recht, die zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen „in Besitz zu nehmen“. Der Mann darf also in solchem Falle seinen Besitz durch Ergreifung der tatsächlichen Gewalt festigen. (Vgl. Kipp-Wolff, Familienr. § 47 III 1.) § 1443 berechtigt den Ehemann, die Gesamtgutssachen in Besitz zu nehmen (vgl. Kipp-Wolff, Familienr. § 62 I), § 2205 den Testamentsvollstrecker, den Nachlaß in Besitz zu nehmen. (Vgl. Kipp, Erbrecht § 118 III.)

Eine Vergleichung der herangezogenen Fälle lehrt, daß hier überall ein Besitzerwerb schlechthin nicht genügt, sondern daß die tatsächliche Gewalt, die über die betreffende Sache schon bestehen mag, durch ihre Ergreifung gefestigt, das bloße Raumverhältnis zum Besitzverhältnis erhoben wird. Mit Rücksicht auf den § 958, der „in Besitz nehmen“ und „Besitz ergreifen“ indentifiziert, ist man berechtigt, in all diesen Fällen ebenfalls Besitz ergreifen für „in Besitz nehmen“ einzusetzen. Ist das aber der Fall, so kann zunächst äußerlich betrachtet, auch im § 867 „in Besitz nehmen“ mit „Besitz erwerben“ nicht schlechthin identifiziert werden. Es muß auch dem Begriffe „in Besitz nehmen“ des § 867 die gleiche Bedeutung wie die in den angezogenen Paragraphen zukommen. Dies kann mit Rücksicht darauf, daß für gleiche Ausdrücke der Gesetzgeber auch gleichen Sinn verbunden wissen will, nicht bezweifelt werden. Zum „in Besitz nehmen“ oder „Besitz ergreifen“ ist aber nötig ein **Wille**, der in irgend einer Weise zum Ausdruck kommt; sei es durch eine Besitzergreifungshandlung, sei es durch eine Erklärung, den Besitz an sich nehmen zu wollen. Mit Rücksicht hierauf bedarf es in diesem Zusammenhange keines Eingehens auf die grundsätzliche Frage

der Besitzlehre, ob zum Begriff des Besitzerwerbers schlechthin ein Wille erforderlich ist (Vgl. Wolff Sachenr. § 10 II, III). Nach alledem ist die Ansicht, die in Besitz nehmen in § 867 mit Besitz erwerben schlechthin identifiziert, abzulehnen.

Die zweite Meinung dagegen, vertreten von

Biermann zu § 867 Anm. 1 c; Eck-Leonhard II § 6 Anm. 5 S. 47; Gaertner S. 196; Rohde S. 86/87; Turnau-Förster zu § 867 Anm. 5; Raape S. 27 ff.; Maenner S. 150 Anm. 5; Klein S. 10; Straßner S. 16

geht von dem Grundgedanken aus, daß die Möglichkeit, eine Sache trete mit dem blossen Gelangen auf das fremde Grundstück in den Besitz des Grundstücksbesitzers, zwar den Abholungsanspruch nicht ausschließe, aber nochmaliger Besitzerwerb an einer bereits besessenen Sache nicht anerkannt werden könne, unbedingt dazu führen müsse, daß in § 867 „in Besitz nehmen" mit Bedacht im Gegensatz zu „Besitz erwerben" gefordert würde. Danach bestehe der Unterschied darin, daß „in Besitz nehmen" stets eine Handlung des Erwerbers voraussetze, eine über die blosse Willenserklärung hinausgehende Willensbestätigung. Hiernach stehe bereits eingetretener Besitzerwerb der Geltendmachung des Abholungsanspruchs nicht entgegen, solange nicht „inzwischen" eine Handlung des Grundstücksbesitzers hinzugetreten sei. Dieser Meinung ist zuzugeben, daß der Regelfall des Inbesitznehmens eine Betätigung des Besitzwillens darstellen wird, wie sich auch aus dem oben dargelegten, gleichbedeutenden Begriffe „Besitz ergreifen" ergibt, der begrifflich eine Handlung in sich schließt. Indessen sind Fälle denkbar, wo das Erfordern einer Handluug zum größten Formalismus führt, wie Schellert S. 35 überzeugend nachweist. Der auf meinem Hofe frei herumlaufende fremde Hund ist in meinem Stall eingeschlossen; durch das offene, inzwischen aber geschlossene Fenster ist ein Papagei in mein Zimmer gelangt. Wenn ich davon Kenntnis erhalte, und meinen Besitzwillen erkläre, sollte das nicht zum Besitzerwerb ausreichend sein? Maßgebend muß daher der zum Inbesitznehmen erforderliche **Wille** sein, der in irgend einer Weise

zum Ausdruck kommt, sei es durch eine Besitzergreifungshandlung (worauf ihn die herrschende Lehre beschränken will), sei es durch eine Erklärung, den Besitz an sich nehmen zu wollen. Diese Erklärung kann auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen abgegeben werden. Der aus der Handlung oder der Erklärung sprechende Wille ist in Wahrheit das ausschlaggebende Moment. Ich vermag daher auch nicht der von Schellert vertretenen Auffassung, der das Kriterium in das **Wissen** des Erwerbers vom Erwerbe legt, beizutreten. Das Wissen ist auch bei seinen S. 37 aufgeführten Beispielen nicht entscheidend, sondern nur der Wille, der nach Erlangung der Kenntnis vom Erwerbe den Besitz aufrecht erhält. Schellert (S. 36) gibt auch selbst zu, daß wenn im BGB. „in Besitz nehmen" gebraucht wird, dies stets in der Bedeutung **willentlich und wissentlich** geschieht. Er zieht die bereits erörterten §§ 561, 958, 984, 1373, 1448, 2005 heran. Wenn er aber dann nur das wissentlich betont, so ist m. E. das unlogisch insofern, als das „Wollen" über dem „Wissen" steht. Daß nur dies der Sinn unserer Vorschrift ist, ergiebt sich aus Satz 3 des § 867, wonach bei Besorgnis der Entstehung eines Schadens die Gestattung vom Grundstücksbesitzer verweigert werden kann, bis ihm Sicherheit geleistet ist. Um aber diese Verweigerung der Abholung aussprechen zu können, muß er sich auch in seinem **Willen** darüber klar sein, daß er die Sache nicht an sich nehmen wollte, noch an sich genommen hat.

Rohde (S. 86 ff.) verneint für die Fälle, in denen mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück kraft voraus gefassten Besitzwillens Besitzerwerb eingetreten ist, die Anwendbarkeit des § 867. Er begründet dies damit, daß die Voraussetzung des Anspruchs lediglich die Tatsache des Gelangens der Sache aus der Gewalt des Besitzers sei und somit der Fall ausscheide, in dem die Sache mit dem Besitzwillen des Grundstücksbesitzers auf dessen Grundstück gelangt sei. Allein diese Begründung ist nicht durchschlagend, sie geht auch fehl. Die Tatsache des Gelangens beruht nicht auf dem Willen des Grundstücksbesitzers, sondern nur der damit eingetretene recht-

liche Erfolg, der Besitzerwerb. Für den § 867 kommt es aber nur darauf an, daß die Tatsache des Gelangens selbst nicht auf den Willen des Grundstücksbesitzers beruht. So mit Recht Schellert S. 38. Es scheidet § 867 hier überhaupt nicht aus, weil die Inbesitznahme nicht „inzwischen" erfolgt ist.

Zu erwähnen ist noch, daß wenn der Grundstücksbesitzer oder ein Dritter sich des Besitzes der Sache nach Inbesitznahme wieder entledigt, z. B. sie wieder auf das Grundstück wirft, der Abholungsanspruch von neuem gegeben ist, da ja die Wirkung der eingetretenen negativen Voraussetzung wieder beseitigt ist. Ebenso Crome III § 386 S. 239; 2a und Anm. 13; Schellert S. 36; Straßner S. 15.

cc) Das Gesetz läßt mit seiner Fassung der negativen Voraussetzung offen, durch wen die Inbesitznahme erfolgen kann. Bedenkenlos steht die gesamte Literatur auf dem Standpunkte, daß sowohl der Grundstücksbesitzer als auch ein Dritter hierfür in Frage kommt. Das durfte als selbstverständlich keiner Erwähnung.

dd) Die negative Voraussetzung stellt eine rechtsvernichtende Tatsache dar. In ihrem Verbringen liegt also kein Bestreiten, sondern eine Einwendung. Wer sich auf sie beruft, sagt: „Der Abholungsanspruch ist erloschen" und hat daher die Existenz der negativen Voraussetzung nach allgemeinen Regeln zu beweisen.

3.

## § 5. Das Wesen des Abholungsanspruchs.

Nachdem die Existenzvoraussetzungen des Abholungsanspruchs im Vorhergehenden festgelegt sind, ist jetzt das Wesen des Anspruchs zu erörtern. Das Gesetz sagt darüber: „Der Besitzer des Grundstücks hat die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten".

a) Der Begriff „gestatten" ist der bedeutsamste und umstrittenste der ganzen Lehre vom Abholungsanspruch. Es erhebt sich nämlich die Frage, ob der Sachbesitzer ohne

weiteres dazu berechtigt ist, das Grundstück zu betreten, um die Sache abzuholen, oder ob er erst den Grundstücksbesitzer um Erlaubnis hierzu fragen muß. m. a. W. ist im § 867 ein außerordentliches Selbsthilferecht gewährt oder nur ein nötigenfalls im Wege der Klage geltend zu machendes Recht, von dem Grundstücksbesitzer die Gestattung zu verlangen, sein Grundstück zwecks Aufsuchung und Wegschaffung einer darauf gelangten Sache zu betreten? Die Entscheidung dieser Frage hat über den Rahmen des § 867 hinaus Bedeutung, insofern, als beim Verneinen des Selbsthilferechts das Betreten des Grundstücks verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858, und zwar deren Unterfall Besitzstörung gemäß § 862 darstellte, gegen die dem Grundstücksbesitzer das Selbstverteidigungsrecht des § 859 Abs. 1 zusteht. Sieht man dagegen in § 867 ein Selbsthilferecht, so könnte der Sachbesitzer ohne verbotene Eigenmacht zu begehen, das Grundstück betreten, und es stände ihm, falls er noch den Besitz der Sache hat, das Selbsthilferecht des § 859 zur Seite.

Erwähnt mag noch werden, daß strafrechtlich das Betreten des Grundstücks bei Anerkennung der Selbsthilfe in § 867 nicht unbefugt ist, einer dabei verübten Sachbeschädigung also der Charakter der Rechtswidrigkeit fehlt. Hierauf weist Dernburg III S. 98 Anm. 7 hin.

Man sollte meinen, daß es über diese entscheidende Frage nur zwei Meinungen geben könnte, eine das Selbsthilferecht bejahende, und eine dies verneinende. Allein es ist in der Literatur noch eine dritte Meinung hervorgetreten, die das Selbsthilferecht in beschränktem Umfange anerkannt wissen will. Bunsen (S. 74) äußert sich dahin: „§ 867“ stelle nicht die Gewährung eines Gestattungsanspruchs, sondern in erster Linie eine besondere Art von Selbsthilfe, ein Verfolgungsrecht dar. Stoße der Besitzer der Sache in der Verfolgung auf Widerspruch des Grundstücksbesitzers, so sei er freilich nicht befugt, diesen Widerspruch durch Eigenmacht zu beseitigen, wohl aber dürfte er bis dahin, wo der Widerspruch erfolgt, annehmen, daß er in dem Betreten des fremden

Grundstücks im Einverständnis mit dem Besitzer handele, so daß in dieser Handlung verbotene Eigenmacht nicht liege". Schröder (S. 36 u. 38) meint: „Es werde zu leicht verkannt, daß es sich im § 867 nicht nur um Gewährung eines Gestattungsanspruchs, sondern in erster Linie auch um eine besondere Art von Selbsthilfe, nämlich um ein allerdings beschränktes Verfolgungsrecht handele". Was er unter diesem fragwürdigen „Verfolgungsrecht" verstanden wissen will, ergibt sich aus seiner Darstellung nicht. M. E. ist diese Interpretation abwegig. Was soll man sich in aller Welt unter dieser „besonderen Art von Selbsthilfe" oder „beschränkten Verfolgungsrecht" vorstellen? Wo soll die Grenze gegenüber dem Selbsthilferecht oder gegenüber dem Anspruch aus § 867 liegen? Es gibt nur ein „Entweder—Oder". Man vertritt ein Selbsthilferecht im § 867 in allen seinen Konsequenzen oder man lehnt dies ab. Ein Drittes ist logisch in diesem Falle ein Unding.

Für die Annahme eines Selbsthilferechts im § 867, also einen Fall der erlaubten Besitzstörung, haben sich in der Literatur[1]) ausgesprochen:

Endemann II. 1 S. 189 Anm. 24; Crome III § 386 S. 239, 3 und Anm. 15; Dernburg III § 28, 2 S. 98; Eck-Leonhard II § 6 S. 48 ff.; Kniep S. 477.

Sie begründen ihre Ansicht auf der einen Seite unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte, besonders die Motive, die Bd. 3 S. 298 besagen, daß „der Inhaber der beweglichen Sache derselben auf fremdes Gebiet folgen darf, da es zur größten Unbilligkeit führen würde, wenn die tatsächliche Gewalt über das Grundstück benutzt werden könnte, um die fernere Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die auf das Grundstück gelangte fremde Sache zu vereiteln". Auf der andern Seite begründen die Vertreter dieser Ansicht dieselbe mit dem Hinweis auf die praktischen Konsequenzen. Es

1) Die Praxis hat bei der geringen praktischen Bedeutung hierüber zu entscheiden — soweit ich sehe — noch keine Gelegenheit gehabt.

könne sonst der Besitzer des Grundstücks vermöge seiner tatsächlichen Gewalt über dasselbe jede Verfolgung und Abholung einer auf sein Grundstück gelangten Sache verhindern durch Vorschützen irgend eines Grundes oder es könne der ganze Abholungsanspruch hinfällig werden durch erfolgenden Untergang oder anderweitige Inbesitznahme der Sache, ehe man den Grundstücksbesitzer aufgesucht und dieser die Abholung gestattet hätte. Dies könne unmöglich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Eck-Leonhard erinnern daran, daß wir im preußischen Recht eine Reihe von Bestimmungen hätten, wonach ein Besitzer seine Sache, die auf ein fremdes Grundstück gekommen sei, dahin verfolgen dürfe und sie abholen könne (ALR. I, 2 §§ 122, 178). Das stelle ein Abholungsrecht dar, und zwar ein Recht zu eigenmächtiger Abholung. Daß statt dessen im BGB. ein obligatorischer Anspruch gewährt werden solle, könne man nicht annehmen.

Was zunächst die Motive anbelangt, so sind sie wohl als Interpretationsmittel zu verwenden, aber sie dürfen keineswegs den Wert einer authentischen Interpretation erlangen, wie die Vertreter obiger Ansicht anscheinend es wollen. Der Geist des Gesetzes ist zu ergründen. Zu diesem Zwecke sind zunächst einmal die sonstigen Bestimmungen über Selbsthilferechte im BGB. zu prüfen Die generelle Bestimmung des § 229 ist allgemein bekannt. § 859 regelt einen besonderen Fall dieses allgemeinen Selbsthilferechts, nämlich den des Besitzers gegenüber verbotener Eigenmacht. Er gewährt in Absatz 1 ein Selbstverteidigungsrecht („Darf sich . . . . mit Gewalt erwehren"), in Absatz 2 ein Verfolgungsrecht („Darf . . . . wieder abnehmen"), im Absatz 3 ein Angriffsrecht („Darf . . . . sich wieder bemächtigen"). § 904 gibt ein Nothilferecht („Der Eigentümer einer Sache ist **nicht** berechtigt, die Einwirkung . . . zu verbieten, wenn . . . ."). § 910 gibt ein Beseitigungsrecht („Der Eigentümer kann Wurzeln . . . . abschneiden und behalten"). Nach § 962 darf der Eigentümer des Bienenschwarms bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten.

Eine Vergleichung der hier angezogenen Fälle ergibt ohne weiteres, daß in ihnen schon äußerlich durch die Fassung der Paragraphen ein Selbsthilferecht eingeräumt ist, wie es denn auch unbestritten und unbestreitbar besteht. Anders im § 867! Dort heißt es: „Der Besitzer des Grundstücks hat die Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten". Also schon die äußere Fassung des Paragraphen muß Zweifel ergeben darüber, ob er ein Selbsthilferecht schaffen will. „Gestatten" könnte zwar nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sehr wohl „nicht hindern" heißen, wie es denn auch Kniep (S. 477) auffaßt; allein im Zusammenhang des § 867 hat „gestatten" eine andere Bedeutung. Diese ergibt sich deutlich aus dessen Satz 3. Er besagt, daß die Gestattung verweigert werden kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist. Damit aber überhaupt die Gestattung verweigert werden kann seitens des Grundstücksbesitzers, muß dieser darum wissen, also gefragt sein. Was ich nicht weiß, kann ich nicht verweigern. Ebenso Schellert S. 43.

Auf der so gewonnenen Grundlage spricht auch innerlich gegen die Annahme eines Selbsthilferechts besonders der § 962: Er gewährt ausdrücklich die Befugnis, „bei der Verfolgung des Bienenschwarms fremde Grundstücke zu betreten"; ebenso der § 904 BGB. verba: „Ist nicht berechtigt zu verbieten". In beiden Paragraphen ist ein Selbsthilferecht eingeräumt. Durch die gegenteilige Fassung von § 867 („gestatten") zeigt sich gerade, daß im Falle des § 867 ein allgemeines Betretungsrecht nicht gewährt werden sollte.

Auch der Eck-Leonhard'sche Hinweis auf die entsprechenden Bestimmungen des ALR. kann nicht dagegen ins Feld geführt werden. Die §§ 122, 178, 203—296 ALR. I, 9 räumen zwar dem Eigentümer ein Betretungsrecht ein, aber nur für bestimmte Fälle. Im § 867 BGB. ist dagegen ein Abholungsanspruch von ganz allgemeiner Natur geschaffen. Jene Spezialvorschriften des ALR. kann man also nicht zur Interpretation dieses allgemeinen Anspruchs des BGB. heranziehen. Der Geist des Gesetzes selbst ist zu erforschen. Hierbei erbringt den durch-

schlagenden Beweis gegen die angegriffene Auffassung unzweifelhaft § 1005. Ebenso Planck zu § 867 Anm. 2 a, Windscheid-Kipp I S. 838. § 1005 spricht von dem im § 867 bestimmten „Anspruch". Es ist also der Inhalt des § 867 ein Anspruch. Anspruch ist das Recht, von einem Andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194). Der Anspruch setzt begrifflich einen Verpflichteten voraus, der, damit er seiner Verpflichtung nachkommen kann, von dieser wissen muß. Wesentlicher Bestandteil des Anspruchs ist aber weiter die Klagbarkeit, die gerade das Selbsthilferecht ersetzt. Die bestrittene Ansicht steht daher im Widerspruch mit der Lehre vom Anspruch.

Nach alledem ist die Annahme einer Selbsthilfebestimmung im § 867 BGB. abzulehnen. Hieran vermögen auch die sog. praktischen Konsequenzen nichts zu ändern. Denn abgesehen von der juristischen Seite kann auch nicht dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, jedweden, dessen Sache auf ein fremdes Grundstück gelangt ist, ohne weiteres den Zutritt zu diesem zu gewähren. Es könnte dann leicht z. B. ein Dieb irgend eine Sache auf ein fremdes Grundstück gelangen lassen, in dem er demnächst zu stehlen gedenkt, und so bei der Durchsetzung des Abholungsanspruchs sich mit der Oertlichkeit genau vertraut machen, womöglich durch öftere Wiederholung dieser Manipulation alle Gelegenheiten ausspähen. Es müßte sich dann überhaupt der Grundstücksbesitzer jeden Zutritt in alle seine Räume ohne weiteres lediglich des Abholungsanspruches wegen gefallen lassen. Dies ist unmöglich die gewollte, aber die unvermeidliche Konsequenz obiger unrichtigen Auffassung. Sie muß zu einer im Widerspruch mit der Gerechtigkeit stehenden, allzu starken Belastung des Grundstücksbesitzers führen.

Es bleibt somit als die Regel, daß der Grundstücksbesitzer um seine Erlaubnis zur Abholung angegangen werden muß. Wer daher ohne die Erlaubnis das Grundstück betritt zwecks Abholung der Sache, handelt widerrechtlich. (§ 858, Abs. 1: verbotene Eigenmacht). Derselben Ansicht sind:

Biermann zu § 867 Anm. 2a; Neumann zu § 867 Anm. 1; Strohal S. 56d; RGR. Komm. zu § 867 Anm. 3; Planck zu § 867 Anm. 1; v. Staudinger zu § 867 Anm. 1; Turnau-Förster zu § 867 Anm. 1; Wolff Sachenr. § 19 VII, 1; Bekker S. 19; Kuhlenbeck zu § 867; Schellert S. 43.

Auf Grund dieses gewonnenen Ergebnisses muß nun zwar der oben bekämpften Ansicht zugegeben werden, daß eine zuvorige Anfrage beim Grundstücksbesitzer stets zu fordern, bei den in der größten Mehrzahl der Fälle vorliegenden nur kleinen Besitzverschiebungen, den Vorwurf des Formalismus nicht von der Hand weisen läßt. Der Gesetzgeber, der den tausendfältigen bunten Erscheinungen des täglichen Lebens diese engen Bahnen wiese, hätte allerdings seine Aufgabe nicht gelöst. Prüfen wir aber, ob nach dem BGB. dies in der Tat zutrifft. Wie festgestellt, fließt die Widerrechtlichkeit des Sachbesitzers, der ohne Erlaubnis das Grundstück betritt zwecks Abholung der Sache, aus § 858 Abs. 1. Wenn daher Endemann II 1 S. 190 Anm. 24b meint, man habe bisher nicht beachtet, daß die gesetzliche Gestattung der Abholung dem Eingriff nach § 858 Abs. 1 den Charakter der Widerrechtlichkeit nehme, so ist dies nicht zutreffend, da nicht die Abholung gesetzlich gestattet ist, sondern dem Sachbesitzer der Anspruch zugestanden ist, die Gestattung zur Abholung vom Grundstücksbesitzer verlangen zu können.

§ 858 Abs. 1 bestimmt: „Wer den Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht, oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (Verbotene Eigenmacht)". Es ist also eine vom Gesetz gestattete Entziehung oder Störung nicht widerrechtlich. Eine Besitzentziehung kann im Falle des § 867 für den Sachbesitzer nicht platzgreifen, es kann nur eine Besitzstörung in Frage kommen. Wann liegt nun dieser Ausnahmetatbestand vor, daß eine Besitzstörung — vom Gesetz gestattet — nicht widerrechtlich ist? Das Gesetz hat zahlreiche derartige Fälle geregelt: Vgl. §§ 257—230, 561, 859, 860, 904, 910, 965, 2205. Von diesen Bestimmungen

erlangen für den Abholungsanspruch besondere Bedeutung die §§ 904, 229.

Es ist zunächst § 904 zu betrachten. Sein Inhalt ist bekannt. Zwar nennt er nur den **Eigentümer,** der sich die Einwirkung eines Anderen auf seine Sache gefallen lassen muß, es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß auch der Besitzer die gleiche Verpflichtung hat. Das folgt aus der ratio der Vorschrift und ist auch allgemeine Ansicht (Vgl. Kommentare zu § 904). Es wäre also auch im Falle des § 867 der Grundstücksbesitzer nicht berechtigt, das Betreten seines Grundstücks durch den Sachbesitzer zu verbieten, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 904 gegeben wären. Danach muß eine gegenwärtige Gefahr vorliegen, die nicht anders als durch die Einwirkung abgewendet werden kann. Sodann ist § 904 nur gegeben, wenn der drohende Schaden — also hier der Verlust des Besitzes in allen seinen Folgen — gegenüber dem aus der Einwirkung dem Grundstücksbesitzer entstehenden Schaden — durch Betreten des Grundstücks, Aufsuchung und Abholung der Sache — unverhältnismäßig groß ist. Unter gegenwärtiger Gefahr hat man eine durch außergewöhnliches, unerwartet eintretendes Ereignis hervorgerufene Zwangslage — bestehend in der Bedrohung irgend eines Rechtsgutes — zu verstehen, deren Abwendung ein sofortiges Einschreiten im Wege der Selbsthilfe erheischt (Vgl. RG. 57, 171; Respr. 12, 121). Man erkennt, daß zahlreiche Tatbestände des § 867 sich mühelos unter § 904 unterbringen lassen und so zu einem vernünftigen und zweckmäßigen Ausgleich der sich gegenüberstehenden Interessen des Sach- und Grundstücksbesitzers führen (ebenso Biermann zu § 867, 2a; Planck zu § 867, 6).

Nun sind allerdings Fälle denkbar, in denen das oben besprochene Verhältnis von Gefahr und Schaden nicht zu Gunsten des Sachbesitzers, sondern zu Gunsten des Grundstücksbesitzers anzunehmen ist; hier ist § 904 nicht anwendbar. Weiter wird man stets prüfen müssen, ob das Mittel, nämlich das eigenmächtige Betreten des Grundstücks, objektiv

notwendig ist, um die Zwangslage zu beseitigen. Demnach müssen die Fälle ebenfalls ausscheiden, bei denen der Einwirkende auf andere Weise den Schaden abwehren konnte. Die Wiedererlangung der Sache wird der Sachbesitzer oft bei den kleinen örtlichen Verhältnissen des § 867 ebenso leicht durch die mit Erlaubnis des Grundstücksbesitzers erfolgende Abholung bewirken können. Somit dürfte die Ablehnung des § 904 für die besprochenen zwei Fälle geboten sein. Die Ansicht Strassners (S. 22/25), der behauptet, daß der einzige Fall, in dem sich die Tatbestände der §§ 867 und 904 nicht vollkommen decken, der sei, in dem der aus der Aufsuchung drohende Schaden den Schaden des Sachbesitzers übersteige, ist sonach zu eng und abzulehnen. Ebenso ist unbegründet die Auffassung Peters (S. 23), der die Voraussetzungen des § 904 immer gegeben sieht bei unbefriedeten Grundstücken; § 867 macht keinen Unterschied zwischen befriedeten und unbefriedeten Grundstücken.

Ergänzend greift bei Verneinen der Voraussetzungen des § 904 die Vorschrift des § 229 ein: „Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt . . . , handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist, und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde". Es erhellt ohne weiteres, daß eine fernere Reihe von Tatbeständen des § 867 — insbesondere die Fälle, in denen einsamen Spaziergänger Sachen auf fremde Grundstücke gelangen — sich mühelos unter die Vorschrift des § 229 subsummieren läßt. Ebenso Biermann § 867 Anm. 2a. Da indessen oft obrigkeitliche Hilfe rechtzeitig zu erlangen und die sofortiges Eingreifen heischende Gefahr wegen der Durchsetzung des Abholungsanspruchs abzulehnen sein wird, muß in derartig gelagerten Fällen die Anwendbarkeit des § 229 ebenfalls verneint werden. Es müßte sonach in allen den Tatbeständen der §§ 904 und 229 nicht zu subsummierenden Fällen die zuvorige Anfrage beim Grundstücksbesitzer gefordert werden.

Dies Ergebnis erachtet eine etwas modifizierte Ansicht von Vertretern unserer Meinung m. E. mit Unrecht als formalistisch und unbillig. Versuche, in dieser Hinsicht einen gangbaren Weg für einen Ausgleich der sich widerstreitenden Interessen des Sach- und Grundstücksbesitzers zu finden, sind folgende: „Eine vorherige Anfrage erscheine als unnötig, wenn sie mit unverhältnismäßigen Weitläufigkeiten verbunden wäre“ (so v. Staudinger zu § 867, 4c) oder „Wenn außer genannter Voraussetzung man die stillschweigende Genehmigung des Grundstücksbesitzers annehmen könne“ (so Kuhlenbeck zu § 867). „Eine besondere Verstattung ist dann einzuholen, wenn es sich um ein befriedetes Grundstück handelt, auf welchem der Grundstücksbesitzer zu finden ist“. (so Dernburg III S. 98). „Eine vorherige Anfrage ist dann überflüssig, wenn aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen ist, daß der Grundstücksbesitzer mit dem eigenmächtigen Vorgehen einverstanden sein wird“ (so Schellert S. 46. Aehnlich Peskatore S. 47, der, besonders das objektive Moment: „Standpunkt der Verkehrssitte“ betont).

Diese Versuche führen — abgesehen der Dernburgsche, für dessen Unterscheidung zwischen befriedeten und nichtbefriedeten Grundstücken es an jeder Grundlage fehlt — zu an sich beachtenswerten Vorschlägen. Aber sie stehen im Widerspruch mit dem allein maßgebenden Gesetz. Das Gesetz erlaubt in einem bestimmten Rahmen freies Handeln dem Einzelnen, über diesen Rahmen hinaus kann es die selbständige Bestimmung dem Einzelnen nicht überlassen, was recht oder unrecht ist. Diese „rein willkürlichen Einschränkungen“ über die Bestimmungen der §§ 904, 229 hinaus, für die im Gesetz jeder Anhalt fehlt, sind daher mit Biermann (zu § 867 Anm. 2a) als „Verlegenheitserzeugnisse“ anzusehen und abzulehnen. Für die kleine Zahl der Fälle, die nach dem Dargelegten nicht unter die Vorschriften der §§ 904 und 229 zu subsummieren sind, die vorherige Anfrage beim Grundstücksbesitzer zu fordern, ist m. E. nach alledem weder formalistisch noch unbillig.

Auf Grund der Ausführungen stellt sich der Abholungsanspruch seinem Wesen nach als das Recht dar, von dem Grundstücksbesitzer die Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der auf sein Grundstück gelangten Sachen verlangen zu können. Es ist sonach selbstverständlich, daß wenn der Grundstücksbesitzer diese Gestattung verweigert, auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung gegen ihn geklagt werden muß. Der gleichen Ansicht sind v. Staudinger zu § 867 1e, Planck zu § 867, 2; v. Gierke, D. Priv. R. S. 254 Anm. 37; Goldmann-Lilienthal II § 7, 4; Kress S. 328 Anm. 872; Turnau-Förster zu § 867 Anm. 1; Klein S. 19/20; Schellert S. 48.

Für die Vollstreckung des Urteils sind die §§ 890, 892, 893 ZPO. maßgebend. Ebenso: Planck zu § 867 Anm. 4; Goldmann-Lilienthal II § 6, 4; Neumann zu § 867 Anm. 1; Biermann zu § 867 Anm. 2d; Schellert S. 48.

Wenn Crome (III § 386 S. 239 Anm. 16) und Dernburg (III S. 98) gegen das Wesen des Abholungsanspruchs als eines im Wege der Klage geltend zu machenden Rechts die Gefahr des Verderbens der Sache vorbringen, so ist zunächst dieser Einwand, der lediglich praktische Konsequenzen anführt, nicht geeignet, das Wesen des Anspruchs in Frage zu stellen. Er ist aber auch unbegründet, da die Gefahr des Verderbs der Sache stets durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung (§§ 935—945 besonders § 940 ZPO.) sich vermeiden läßt. Oft wird auch, wenn der Zeitraum bis zum Erlaß der einstweiligen Verfügung zu groß sein würde, unter diesen Umständen ein selbsthilfeweises Vorgehen auf Grund der oben besprochenen §§ 904, 229 sich rechtfertigen lassen. (Ebenso Schellert S. 48). Auf alle Fälle können sonach die praktischen Konsequenzen Cromes und Dernburgs nicht ausschlaggebend sein bei der grundsätzlichen Festlegung des Wesens unseres Abholungsanspruchs. Wenn weiter Crome (III § 386 S. 239, 3) den Anspruch dahin erklärt, daß der Abholende überhaupt nicht auf Duldung klagen müsse, der Anspruch vielmehr auch ohne Anrufen des Gerichts bestehe, so ist diese Ansicht nach

dem Dargelegten unrichtig, sie steht im Widerspruch mit der Lehre vom Anspruch.

Das Ergebnis der Untersuchung über das Wesen des Abholungsanspruchs bleibt daher, daß der Grundstücksbesitzer — abgesehen von den Fällen der §§ 904, 229 — um seine Erlaubnis angegangen werden muß. § 867 gibt nur ein nötigenfalls im Wege der Klage geltend zu machendes Recht, von dem Grundstücksbesitzer die Gestattung zu verlangen, sein Grundstück zwecks Aufsuchung und Wegschaffung einer darauf gelangten Sache zu betreten.

b) Was die Bedeutung der Worte „Aufsuchung und Wegschaffung" anlangt, so kann ihr Sinn nicht zweifelhaft sein. Es hat der Grundstücksbesitzer alle Schritte dem Sachbesitzer zu gestatten, die geeignet und notwendig sind, ihn wieder in den unbeschränkten Besitz der Sache zu bringen. Was dahin gehört, entscheidet sich nach der Sonderheit des Einzelfalles. In erster Linie kommt in Betracht das Betreten des Grundstücks, unter Umständen Zugänglichmachung abgesonderter, geschlossener Räume, Ersteigen von Dächern, Bäumen usw., Einwirken auf Sachsubstanzen, Ausgraben und dergl. mehr (vgl. 1. 15. D. X., 4).

In den Worten „Grundstücksbesitzer hat Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten" ist zugleich das Anspruchs**ziel** umschrieben. Ueber dieses herrscht Streit. Planck (zu § 867 Anm. 4) und Schröder (S. 39) sind der Meinung, daß auf jeden Fall es dem Grundstücksbesitzer immer freistehe, durch sofortige Herausgabe der Sache die Voraussetzungen des Abholungsanspruchs aufzuheben. Diese Anschauung ist aber grundsätzlich mit dem Gesetz nicht vereinbart. Während im § 861 bei durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitz die **„Wiedereinräumung"** des Besitzes verlangt werden kann, gibt § 867 dem Sachbesitzer das Recht, die Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung vom Grundstücksbesitzer zu verlangen, also damit eigenhändig sich wieder in den Besitz zu bringen. An diesem grundsätzlichen Anspruchsziel muß festgehalten werden (ebenso Schellert S. 49). Die Bedenken, daß oft der Grundstücksbe-

sitzer ein durchaus berechtigtes Interesse daran haben wird, den Sachbesitzer nicht sein Grundstück betreten zu lassen, finden mit § 226 eine gerechte Lösung. Hat der Sachbesitzer kein besonderes Interesse an der eigenhändigen Abholung, könnte also sein Bestehen auf den Abholungsanspruch nur geeignet sein, den Grundstücksbesitzer zu schädigen, so ist diese Ausübung seines Rechtes schikanös und der Grundstücksbesitzer könnte die Aufsuchung und Wegschaffung selbst besorgen (ebenso Fischer-Henle § 867 Anm 6).

Ist das aber der Fall, so gibt für solche besonderen Lagen § 226 stets den Ausgleichungsmaßstab der widerstreitenden Interessen. Sollte jedoch ausnahmsweise auf beiden Seiten ein gleiches Interesse vorliegen, so müßte nach dem Zweckgedanken des Abholungsanspruchs der Grundstücksbesitzer letzten Endes nachstehen, da der Anspruch in erster Linie zum Schutze des Sachbesitzers besteht.

c) Die Prüfung des Wesens des Abholungsanspruchs hat weiter die Frage zu erörtern nach seiner rechtlichen Natur, d. h. darzulegen, ob der Anspruch possessorischen oder petitorischen Charakter hat. Diese Frage hat große Bedeutung wegen der gegen ihn als zulässig zu erachtenden Verteidigungsmöglichkeit. Ueber diese Frage nach der Rechtsnatur herrscht Streit. Zwei Meinungen stehen einander gegenüber. Die einen (so Fischer-Henle § 867 Anm. 2; Biermann zu § 867 2a und Klein S. 30) gehen von dem Grundgedanken aus, daß § 863 die einredeweise Berufung auf ein Recht zum Besitz nur gegenüber den Ansprüchen aus den §§ 861, 862 als unzulässig erkläre, daher für § 867 nicht gelte, und kommen daher zu dem Ergebnis, daß der aus § 867 verklagte Grundstücksbesitzer ein Recht zum Besitz der Sache geltend machen könne. Klein (S. 30) erklärt dies Ergebnis aus dem Grunde als gerechtfertigt, weil es sich bei den Anspruch aus § 867 nicht um einen Schutz des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht, sondern gegen eine zufällige Verschiebung des Besitzverhältnisses handele. Die gleiche Meinung vertritt Cosack (II § 191 III), ohne sie zu begründen, während Crome III

§ 386 S. 238 Anm. 2 aus exhibitorischen Momenten, die beim Abholungsanspruch in Erscheinung treten, dessen petitorischen Charakter bejaht.

Die andern dagegen, nämlich v. Staudinger zu § 867 Anm. 1 c, v. Gierke, D. Priv. R. S. 254 Anm. 37; Gaertner S. 196; Wolff, Sachenrecht § 19 VII, Mende S. 57 ff., Schröder S. 40, Straßner S. 44, Schellert S. 68, Peskatore S 52, — nehmen einen anderen Grundgedanken zum Ausgangspunkt und kommen daher zu einem andern Ergebnis. Sie meinen nämlich, daß der Abholungsanspruch — wie schon aus seiner Stellung im System des BGB. hervorgehe — die Regelung des Besitzes als solchem bezwecke, nicht aber die Verwirklichung eines Rechts auf den Besitz. Er sei sonach possessorischer Natur.

Diese Meinung ist m. E. die richtige. Geht man davon aus, daß der Besitzschutz Schutz des allgemeiuen Friedens ist, so erhellt, daß die Besitzschutzklagen allgemein diesem Frieden wirksam zu dienen nur vermögen, wenn die Frage nach der Berechtigung zum Besitz ausscheiden muß. Das ist bei den Ansprüchen aus §§ 861, 862 unbestreitbaren Rechts. Soll anders der Abholungsanspruch seine Mission erfüllen, muß auch dies bei ihm gelten. Schon aus diesem praktischen Gesichtspunkte erscheint dies durchschlagend. Die Stellung im System des Besitzschutzes bekräftigt dies nur. Es spricht weiter dafür, daß auf der Aktiv- wie auf der Passivseite jeder Besitzer, auch der unredliche (wie noch darzulegen ist) legitimiert ist. Die Bestimmung des § 863 kann nicht als Gegenbeweis herangezogen werden, da sie auf verbotener Eigenmacht fußt, verbotene Eigenmacht aber nicht Gegenstand des § 867 sein kann.

Sonach ist der Abholungsanspruch des § 867 als rein possessorisch seiner Rechtsnatur nach anzusehen. Petitorische Einwendungen sind gegen ihn nicht zulässig. Welche Einwendungen er in einzelnen zuläßt, wird bei den Wirkungen des Anspruchs unter den Beteiligten erörtert werden.

d) Schließlich ist noch die Frage nach der Verjährung des Abholungsanspruchs zu prüfen. Die im § 864 bestimmte einjährige Ausschlußfrist (vgl. Fischer-Henle § 864 Anm. 1) betrifft nach ausdrücklicher Gesetzangabe nur die Ansprüche aus den §§ 861, 862. Damit ist also die Anwendung des § 864 auf § 867 ausgeschlossen. Insofern steht auch nach Ablauf des betreffenden Jahres dem Sachbesitzer im Abholungsanspruch noch ein possessorischer Schutz zur Seite. Aus den §§ 195, 1005, 194 ergibt sich für den Abholungsanspruch die gewöhnliche 30jährige Verjährung. Ebenso: Fischer-Henle zu § 867 Anm. 3; Goldmann-Lilienthal II § 7, 6; Peskatore S. 51/52.

## 4.

## Die beteiligten Personen.

Sind im vorstehenden Teile der Abhandlung die Existenzvoraussetzungen und der charakteristische Inhalt des Abholungsanspruchs festgestellt, so gilt es jetzt, die beteiligten Personen der Erörterung zu unterziehen. Es wird zunächst der Kreis der aus dem Abholungsanspruch Berechtigten bestimmt und sodann werden die aus ihm Verpflichteten festgestellt werden.

### a) § 6. Der Berechtigte.

§ 867 bestimmt, daß wenn . . . . . ., dem Besitzer der Sache vom Grundstücksbesitzer die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten ist, bezeichnet also als Anspruchsberechtigten den **Sachbesitzer.** Nach dieser allgemeinen Gesetzesangabe müßte demnach jeder wie immer geartete Besitzer zur Geltendmachung des Abholungsanspruchs berechtigt sein. Da der Anspruch gleich denen der §§ 859, 861, 862 possessorischen Charakter trägt, so muß es auch bei ihm gleichgiltig sein, ob der Sachbesitzer gut- oder bösgläubig ist. Der unmittelbare Besitzer ist immer Anspruchsberechtigter.

Dagegen besteht über die Aktivlegitimation des mittelbaren Besitzers Zweifel. § 869 Satz 3 räumt ihm nämlich den Abholungsanspruch nur unter der Voraussetzung ein, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will. So legt denn die herrschende Meinung der Aktivlegitimation des mittelbaren Besitzers nur subsidiären Charakter bei, da mit ihm nicht ein mit dem des unmittelbaren Besitzers konkurrierender Anspruch geschaffen werden sollte. So: Wolff, Sachenrecht § 20 III; Kipp-Windscheid I S. 840, 2; Biermann zu § 867 Anm. 2a; Bunsen S. 75.

Dasselbe muß auch gegenüber dem sog. Staffelbesitzer des § 871 gelten, also auch dieser entferntere mittelbare Besitzer ist nur dann aktiv legitimiert, wenn weder der unmittelbare Besitzer noch der nähere mittelbare Besitzer den Abholungsanspruch gelten machen kann oder will (§ 871 i. V. mit § 869 S. 3). Ebenso: Schröder S. 43; Schellert S. 50.

Eine Ausnahme hinsichtlich der subsidiären Natur des dem mittelbaren Besitzer zustehenden Abholungsanspruchs meint Schröder (S. 42) feststellen zu müssen. Nach seiner Ansicht ist der Anspruch primär dem mittelbaren Besitzer dann zu gewähren, wenn die Sache auch aus seiner Gewalt im Sinne der positiven Existenzvoraussetzung gekommen ist, wenn also auch sein Besitz gefährdet ist. Hierbei beruft sich Schröder auf das Beispiel, daß die von mir einem Freunde geliehene Sache auf dem Grundstücke eines anderen zu verderben droht. Das Beispiel zeigt aber m. E. gerade, daß auch hier die Voraussetzungen des § 869 Satz 3 vorliegen; mein Freund wird die geliehene Sache nicht dort verderben lassen, wenn er um ihre Existenz auf dem fremden Grundstück wüßte. Er kann also den Abholungsanspruch deshalb nicht geltend machen, weil er nicht darum weiß. Ist das aber der Fall, kann ich als mittelbarer Besitzer nach Maßgabe des § 869 Satz 3 verlangen, daß mir die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird. Danach erscheint es unzulässig, dem mittelbaren Besitzer einen selbständigen, von den Voraussetzungen des § 869 losgelösten Abholungsanspruch

einzuräumen, zumal die Rechte, die dem mittelbaren Besitzer als solchem zustehen, im § 869 ausschließlich aufgezählt sind (Vgl. Kommentare zu § 869). Dies ist auch mit Recht die herrschende Meinung. Bei prozessualer Geltendmachung liegt dem mittelbaren Besitzer außer dem Nachweise der positiven Existenzvoraussetzung auch der Beweis der besonderen Voraussetzung des § 869 Satz 3 ob, daß also der unmittelbare Besitzer den Abholungsanspruch nicht geltend machen kann oder will. Bei Nichterbringung des letzteren Beweises müßte Abweisung mangels Aktivlegitimation erfolgen. Ebenso: Klein S. 21.

Auch jeder Mitbesitzer der Sache ist zur Geltendmachung des Abholungsanspruchs berechtigt, da § 866 für die Mitbesitzer nur Ausnahmen vom Besitzschutz in ihrem Verhältnis zu einander aufstellt, Dritten gegenüber also jeden Mitbesitzer wie einen Alleinbesitzer angesehen wissen will. Ebenso: Planck zu § 867 Anm. 3; Biermann zu § 867 Anm. 2a; v. Gierke, D. Priv. R. § 116 S. 255; Fischer-Henle zu § 866 Anm. 2; Bartels S. 680; Crome III S. 81 (§ 355); Straßner S. 32/33; Schröder S. 42; Schellert S. 50.

Wie die Mitbesitzer, sind auch Teilbesitzer aktiv legitimiert, und zwar jeder selbständig (§ 865). Ebenso: v. Gierke D. Priv. R. II S. 155 (§ 116), Gaertner S. 195, Schröder S. 42, Peskatore S. 60.

Bestritten ist, ob auch der Besitzdiener des § 855 den Abholungsanspruch geltend machen kann. Das Gesetz gibt den Anspruch nur dem Sachbesitzer. Kuhlenbeck (zu § 867 Anm. 1) will trotzdem dem Besitzdiener den Abholungsanspruch gewähren, und zwar in Ausübung des dem Besitzer zustehenden Rechts. Dies sei im Gesetz zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, ergäbe sich aber nach Analogie des § 860. Wie Kuhlenbeck erachtet auch Kretzschmar (S. 36 Bem. 3) den Besitzdiener in Ausübung des dem Besitzer zustehenden Rechts aktiv legitimiert für den Abholungsanspruch, (allerdings ohne Klagerecht), während Crome (III § 356 S. 87 Note 34) den Abholungsanspruch nicht nur einem dinglich,

sondern auch einem obligatorisch Berechtigten, ja selbst einem rechtlosen Besitzer zugesteht, ihn also auch dem Besitzdiener geben muß. (Er ist freilich nicht Besitzer!)

Biermann (zu § 867 Anm. 2 a) dagegen hält das praktische Bedürfnis für ausschlaggebend, auch dem Besitzdiener den Anspruch zuzusprechen: Wenn z. B. ein Tier entlaufen sei, so müsse auch der Hirt zum Aufsuchen befugt sein, da der Gutsherr, der das Tier vielleicht nicht einmal kenne, hierzu unter Umständen ganz außerstande sei und jedenfalls zu spät kommen würde.

Ein Klagerecht verleiht allerdings Biermann dem Besitzdiener nicht. Ebenso will Schröder (S. 44) ihm wohl ein sofortiges Verfolgungsrecht, aber kein Klagrecht geben.

Diese vermittelnde Meinung, die den Besitzdiener wohl ein sofortiges Verfolgungsrecht, aber kein Klagrecht aus § 877 gewähren will, ist m. E. abwegig. Es kann sich nur um die Frage handeln, steht dem Besitzdiener der Abholungsanspruch zu mit allen seinen Konsequenzen oder nicht, ganz abgesehen davon, daß § 867 ein Verfolgungsrecht nicht darstellt. Ein Drittes gibt es nicht.

Aber auch Kuhlenbecks Ansicht ist deshalb verfehlt, weil § 867 eben kein Selbsthilferecht gibt, und über das Selbsthilferecht hinaus gibt das Gesetz dem Besitzdiener keine anderen aus dem Besitz fliessenden Befugnisse. Ebensowenig sind Biermanns praktische Notwendigkeiten geeignet, über den rechtlichen Begriff des Besitzdieners hinwegsehend, diesem den Anspruch aus § 867 zu gewähren. Abzulehnen ist auch die Ansicht Peters (S. 42 ff.), der aus § 904 die Aktivlegitimation des Besitzdieners herleiten will, da die generelle Vorschrift nicht nur zugunsten des Besitzdieners, sondern jedes Anderen überhaupt gilt. (Ebenso: Schellert S. 52). — Nach alledem ist der Besitzdiener nicht zur Geltendmachung des Abholungsanspruchs berechtigt. (Ebenso: v. Staudinger zu § 867 Anm. 1 b; v. Gierke, D. Priv. R. II, § 116 S. 255; Turnau-Förster zu § 867 Anm. 3; Planck zu § 867 Anm. 3; Gaertner S. 195; Schellert S. 52. Neumann

zu § 867 Anm. 4 erwähnt ihn nicht, schließt ihn also wohl ebenfalls aus).

Nun wird in der Praxis, wie Klein (S. 21) richtig ausführt, gerade der Besitzdiener es sein, der in vielen Fällen sei es mit, sei es ohne Auftrag seines Herrn die Aufsuchung und Wegschaffung besorgen wird. Das Recht hierzu gewährt ihm aber nicht seine Besitzdienereigenschaft als solche, sondern das ihr zugrundeliegende rechtliche Verhältnis zu seinem Herrn, also z. B. Dienstvertrag oder Auftrag. Bei Verneinung eines derartigen Verhältnisses ist die Befugnis aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne der §§ 677 ff. herzuleiten. (Ebenso Schellert S. 51). Mit Hilfe der Geschäftsführung ohne Auftrag wird, da beim Besitzdiener die Abholung immer im Interesse des Geschäftsherrn liegt und immer seinem Willen entsprechen wird, dem dringenden Bedürfnis Biermanns Genüge getan, und die zweckmäßige Durchsetzung des Abholungsanspruchs auch durch den Besitzdiener ermöglicht.

### b) § 7. Der Verpflichtete.

Der passiv Legitimierte ist nach dem Wortlaut des § 867 der Grundstücks-„**besitzer**“. Da das Gesetz vom Grundstücksbesitzer schlechthin redet, so liegt an sich kein Grund vor, abgesehen von unmittelbaren Besitzer auch den mittelbaren Besitzer als passiv Legitimierten des Abholungsanspruchs anzuerkennen Ueber diese Frage herrscht jedoch Streit. Es lehnen die Passivlegitimation ab: Biermann (zu § 867 Anm. 2a), Planck (zu § 867 Anm. 3), Maenner (S. 150 Anm. 3), Turnau-Förster (zu § 867 Anm. 2), Eck-Leonhard (III § 6 Anm. 2 S. 48), Bunsen (S. 75), Klein (S. 25), Peskatore (S. 63/64). Sie stützen sich anscheinend auf die Protokolle (III, 165), die besagen: „Es erscheint am einfachsten und natürlichsten, denjenigen zur Duldung der auf die Wiedererlangung der Sache gerichteten Handlung zu verpflichten, in dessen unmittelbarem Machtkreise die Sache sich befindet. Der nichtbesitzende Eigentümer, z. B. der Verpächter des

Grundstücks, sei in der Regel gar nicht in der Lage, ein Verbietungsrecht auszuüben, weil er von dem betreffenden Vorgang keine Kenntnis habe; in der Regel werde er auch kein Interesse haben, die auf Wiedererlangung der Sachen gerichteten Handlungen zu untersagen, weil er hierdurch in der Ausübung seines Eigentums nicht gestört werde". Wenn auch die Protokolle sonach den Abholungsanspruch gegen den Eigentümer (mittelbarem Besitzer) ausschliessen, so ist wohl eine allgemeine Richtlinie für die Interpretation des § 867 gegeben, keineswegs aber damit eine entscheidende Lösung für diese Frage erbracht. Vielmehr ist diese aus dem Geist des Gesetzes selbst zu finden. Schon das Beispiel Strohals (S. 47), in dem der unmittelbare Besitzer die Gestattungserklärung deshalb verweigert, weil er fürchtet, sich dem ihm gegenüberstehenden mittelbaren Besitzer durch die Gestattung verantwortlich zu machen, zeigt, daß mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis des Lebens der Sachbesitzer Interesse an der Gestattung des mittelbaren Besitzers haben kann. Wenn Klein (S. 24) dagegen einwendet, daß der mittelbare Grundstücksbesitzer (Vermieter) gegen den unmittelbaren Grundstücksbesitzer (Mieter) gar keinen Anspruch habe, kraft dessen er verlangen könne, daß dieser einem Dritten Aufsuchung und Wegschaffung gestatte; er habe gar kein Mittel, diesen dazu zu veranlassen; wolle er ihm dazu zwingen, so laufe er Gefahr, sich verbotener Eigenmacht oder sogar eines Hausfriedensbruchs schuldig zu machen: So ist dieser Einwand m. E. nicht stichhaltig. Auf das innere Rechtsverhältnis zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer kann bei dieser grundsätzlichen Frage kein entscheidender Wert gelegt werden. Entscheidend darf nur die Frage sein, ob nach dem Gesetz der Abholungsanspruch gegen den mittelbaren Besitzer überzeugend nachgewiesen werden kann. Und das ist m. E der Fall. Denn einmal ist nach der unzweideutigen Vorschrift des § 868 auch der mittelbare Besitz echter **„Besitz"**. Besondere Gründe sind andererseits nicht vorhanden, aus denen eine für den Besitz schlechthin gegebene

Vorschrift auf den unmittelbaren Besitz zu beschränken ist. Gerade daraus, daß für die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers beim Abholungsanspruch eine beschränkende Vorschrift fehlt, wie sie für seine Aktivlegitimation gegenüber dem Abholungsanspruch im § 869 Satz 3 besteht, folgt das Gegenteil. Zu diesen rechtlichen Erwägungen kommen praktische Konsequenzen hinzu, die die Möglichkeit, den Abholungsanspruch gegen den mittelbaren Besitzer geltend zu machen, als notwendig erscheinen lassen. Das wäre z. B. der Fall, wenn der Sachbesitzer zwar weiß, daß der Grundstücksbesitzer sein Grundstück einem anderen zu unmittelbarem Besitz überlassen hat, aber nicht feststellen kann, wer der unmittelbare Besitzer ist. Oder wenn es aus Rechtsgründen zweifelhaft ist, ob der, der die Gewalt über das Grundstück ausübt, unmittelbarer Besitzer oder nur Besitzdiener ist und damit als Passivlegitimierter — wie noch nachgewiesen werden wird — ausgeschlossen ist. Diese praktische Seite hat also ausschlaggebende Bedeutung, da § 867 die schnelle Wiedereinrenkung kleiner Besitzverschiebungen bezweckt. Zu eng ist daher die Crome'sche Ansicht (III § 386 S. 238, 1), die den Anspruch gegen den mittelbaren Besitzer nur insoweit zuläßt, als er Interesse am Verbieten der Handlung hat. Damit ist m. E. die Zulässigkeit und die praktische Notwendigkeit der Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers für den Abholungsanspruch bewiesen. Der gleichen Ansicht sind: v. Gierke, D. Priv. R. S. 254 Anm. 37, Fahrnisbesitz S. 56 Anm. 29; v. Staudinger zu § 867 Anm. 1 b; Strohal S. 45 ff., Gaertner S. 196 II; Fischer-Henle zu § 867 Anm. 3; Schellert S. 54; Straßner S. 38/39; Schröder S. 47, Mende S. 32.

Die Passivlegitimation des Besitzdieners ist abzulehnen, und zwar aus den entsprechenden Gründen, die gegen seine Aktivlegitimation oben dargelegt sind. Er ist nicht **Besitzer.** Ebenso: Biermann zu § 867 Anm. 2 a; Turnau-Förster I zu § 867 Anm. 2; Kretzschmar S. 36; Gaertner S. 196 II; Schröder S. 48; Straßner S. 39; Schellert S. 55. Letzten Endes kommt auch hier Geschäftsführung ohne Auftrag für ihn in Frage.

Erwähnt sei noch, daß der Abholungsanspruch auch gegen einen Mitbesitzer der Sache geltend gemacht werden kann, der zugleich Grundstücksbesitzer ist, da für diesen Fall die Voraussetzungen des § 866 nicht vorliegen. Ebenso: Straßner S. 39; Schellert S. 55.

Passiv legitimiert ist also der Grundstücksbesitzer. Steht nun fest, daß die verlorene Sache auf eines von mehreren Grundstücken gekommen ist, aber nicht auf welches, so hat der Sachbesitzer nicht etwa den Abholungsanspruch gegen alle Besitzer der in Frage stehenden Grundstücke; denn nur der Grundstücksbesitzer ist passiv legitimiert, auf dessen Grundstück sich die Sache tatsächlich befindet. Ihn zu ermitteln, dazu ist der Besichtigungsanspruch des § 809 gegeben. Der Sachbesitzer kann nachsuchen, ob sich die betreffende Sache auf dem Grundstück befindet. Hat er den richtigen Grundstücksbesitzer so festgestellt, kann er nunmehr den Abholungsanspruch gegen diesen erheben. Zu beachten ist dabei jedoch, daß nach § 811 Abs. 2 der Grundstücksbesitzer gegenüber dem Vorlegungsanspruch Kostenvorschuß und Sicherheitsleistung auch dann verlangen kann, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, im Gegensatz zu § 867, wie noch dargelegt wird. Ebenso: Wolff, Sachenr. § 19, VII Anm. 21; Schellert S. 57.

## II. Der Abholungsanspruch des § 1005.

### § 8.

§ 1005 bestimmt: „Befindet sich eine Sache auf einem Grundstück, das ein anderer als der Eigentümer der Sache besitzt, so steht diesem gegen den Besitzer des Grundstücks der im § 867 bestimmte Anspruch zu.“ Der § 1005 will mit seiner Verweisung auf § 867 auch dessen weitere Voraussetzungen, wie Wirkungen umschließen. Das folgt auch daraus, daß § 1005 nur eine Ergänzung zu § 867 bedeutet

dahin, daß der dem Besitzer allgemein zugesprochene Abholungsanspruch auch dem **Eigentümer** der Sache zustehen soll. Ebenso: Planck und v. Staudinger zu § 1005. Dabei ist die Frage, die bei § 867 lebhafte Meinungsverschiedenheit hervorgerufen hat, ob notwendig ist, daß der Besitz des Sachbesitzers noch fortdauert oder verloren ist, oder ob dies, wie eine dritte Ansicht mit Recht annimmt, für die Existenz des Abholungsanspruchs gleichgültig ist, für § 1005 im Hinblick auf seinen klaren Wortlaut („sich befindet") nicht aufgetaucht. Die Besitzfrage des Eigentümers hat grundsätzlich bei § 1005 keine Bedeutung. Er hat den Abholungsanspruch auf Grund seines **Eigentums**, gleichgültig, ob er Besitzer war oder noch ist, oder ob dies nicht der Fall. § 1005 wird besonders dann gerade wichtig, wenn der Eigentümer des Besitzes entbehrt, z. B. ihn freiwillig aufgegeben hat. Da aber das Eigentum die Wurzel des Anspruchs aus § 1005 ist, so folgt daraus, daß der Eigentümer sein Eigentum an der Sache im Falle des § 1005 stets nachzuweisen hat, wobei ihm die Eigentumsvermutung des § 1006 zur Seite steht. (Ebenso: Biermann zu § 1005). Ferner hat der Eigentümer alle Einwendungen zu leiden, die aus dem Eigentum fließen § 1005 ist danach petitorischer Natur. Ebenso: Biermann zu § 1005; Mende S. 34; Schellert S. 70.

Nun wird nach der Erfahrung des Lebens der Eigentümer häufig mittelbarer Besitzer (Verpächter, Vermieter) der Sache sein. Will er den Abholungsanspruch aus § 867 erheben, um dem lästigen Nachweise seines Eigentums zu entgehen, so wäre ihm der Abholungsanspruch nur unter der Voraussetzung des § 869 Satz 3 zuzusprechen. Anders dagegen, wenn er ihn aus § 1005, also auf sein Eigentum ihn stützend, erhebt. Hier kann von einem subsidiären Anspruch gegenüber dem des unmittelbaren Besitzers wie dort keine Rede sein; vielmehr steht der Anspruch, den § 1005 dem Eigentümer gibt, diesem **neben** dem unmittelbaren (und mittelbaren) Besitzer zu. Eine Kollision beider Ansprüche wird unter Umständen unvermeidlich sein und es erhebt sich die Frage, welchem der Vorrang

gebührt. Das Gesetz gibt keine Regelung; und da die Ansprüche neben einander bestehen, auch ein entscheidender Grund, den einen oder anderen vorzuziehen, nicht ersichtlich ist, so muß die Praevention entscheiden. Ebenso Klein S. 21/22, Schellert S. 70/71.

Im übrigen treffen die Ausführungen über den Anspruch aus § 867 auch auf den aus § 1005 zu, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, das der § 1005 auf dem Eigentum fußt. Insbesondere erlischt der Anspruch aus § 1005 analog dem aus § 867, wenn die Sache von dem Grundstücksbesitzer oder einem Dritten in Besitz genommen wird. Der Berechtigte ist dann auf die Besitzklage aus § 861 oder auf die Klagen aus § 985 bezw. § 1007 angewiesen. (Vgl. v. Staudinger zu § 1005 Anm. d., Peskatore S. 76).

Das bezüglich des dem Eigentümer zustehenden Abholungsanspruchs Gesagte gilt gemäß § 1065 und § 1227 auch für den des Nießbrauchers bezw. des Pfandgläubigers.

## III. Die Wirkungen des Abholungs-Anspruchs unter den Beteiligten.

Nachdem im Vorstehenden Teil der Abhandlung die Existenzvoraussetzungen und das Wesen des Abholungsanspruchs erörtert sind, gelangen wir nunmehr zu der Frage nach den Wirkungen des Anspruchs unter den beteiligten Personen.

Wir prüfen zunächst die hauptsächlichsten aus dem Abholungsanspruch hervorgehenden Rechte des Grundstücksbesitzers gegenüber dem Sachbesitzer, um sodann die entsprechenden Rechte des Sachbesitzers gegenüber dem Grundstücksbesitzer festzustellen. Dabei wird jedesmal ein kurzes Wort auch den etwaigen Ansprüchen gegenüber dem Dritten, der die Sache in Besitz genommen hat, und den Ansprüchen

des Dritten gegenüber dem Grundstücksbesitzer bezw. Sachbesitzer zu widmen sein.

### A. § 9. Die weiteren Rechte des Grundstücksbesitzers gegenüber dem Sachbesitzer.

a) Schadenersatzanspruch:

Ueber diesen Schadenersatzanspruch bestimmt § 867 in seinem Satz 2: „Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen."

aa) A: hat seinen Hut, den ein Windstoß auf das mit seltenen Blumen besetzte Beet in seinen Nachbars Garten entführt hatte, mit Erlaubnis des Grundstücksbesitzers aufgesucht und weggeschafft. Einige wertvolle Blumen sind dabei beschädigt worden, da A nur durch Betreten des Beetes und dabei unvermeidliches Niedertreten von Blumen seinen Hut wiedererlangen konnte. Der Grundstücksbesitzer hat nach § 867 Satz 2 einen Ersatzanspruch wegen der beschädigten Blumen. Es ist also der Schaden zu ersetzen, der durch die bei der Aufsuchung und Wegschaffung notwendigen Handlungen entstanden ist, d. h. der direkte Schaden. Aber auch der indirekte Schaden, der z. B. durch Erspähen eines Fabrikgeheimnisses und dessen Ausbeutung entsteht, fällt unter die Ersatzpflicht. Denn abgesehen davon, daß das Gesetz ganz allgemein von dem entstehenden Schaden spricht, also diesen nicht auf den direkten beschränkt wissen will, entspräche es nicht der Billigkeit, dem Grundstücksbesitzer, für den der Abholungsanspruch nichts weiter als eine Belastung bedeutet, den Ersatz dieses entfernteren Schadens zu versagen. (ebenso Mende S. 32, Klein S. 26, Schröder S. 49, Schellert S. 56).

Für die Schadensersatzpflicht im einzelnen, deren Erörterung über den Rahmen der Arbeit hinausgeht, sind die §§ 249 ff. maßgebend Besondere Bedeutung kann bei dieser Frage § 254, insbesondere dessen Absatz 2 bei der Frage

entfernteren Schadens erlangen: Der Grundstücksbesitzer hat unterlassen, den Sachbesitzer auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen.

Der Schadensersatzanspruch „beruht nicht auf unerlaubter Handlung, sondern ist — wie der verwandte Anspruch des § 904 Satz 2 — ein Ausgleichungsanspruch gegenüber einer gesetzlichen Duldungspflicht“ (so mit Recht Wolff Sachenr. § 19 VII. Ebenso Biermann zu § 867 Anm. 2b, Mende S. 32, Schellert S. 55, Peskatore S. 67. Es ist daher gleichgültig, ob dem Sachbesitzer ein Verschulden trifft, er haftet auf jeden Fall, wenn der Grundstücksbesitzer die Entstehung eines Schadens nachweist (Vgl. Prot. 3, 167, IV). Die §§ 823 ff. scheiden also hierbei aus; daher haften mehrere Aufsucher nicht als Gesamtschuldner (§ 840); es besteht keine Zinspflicht aus § 849 und vor allem verjährt der Anspruch erst in 30 Jahren und nicht in den 3 Jahren des § 852 (Ebenso Wolff, Sachenr. § 19 VII Anm. 22). Damit hat der Gesetzgeber eine gerechte Ausgleichung der sich widerstreitenden Interessen des Sach- und Grundstücksbesitzers geschaffen.

Interessant ist hierbei noch die Frage, die Schröder S. 50 erörtert, ob der Grundstücksbesitzer, wenn er selbst die Sache herausgibt und dabei selbst sein Grundstück bei der Aufsuchung und Wegschaffung notwendigerweise beschädigen muß, auch Ersatz dieses von ihm selbst angerichteten Schadens verlangen kann. Wenn man erwägt, daß mit Rücksicht auf § 226 Fälle sich ergeben können, in denen der Grundstücksbesitzer selbst die Abholung betätigen muß, so kann es keinen Zweifel begegnen, daß er auch den dabei herbeigeführten Schaden ersetzt verlangen kann; denn auch dieser ist dann als ein durch die Aufsuchung und Wegschaffung entstandener Schaden anzusehen, dessen Ersatz Sinn des § 867 Satz 2 ist. (Ebenso Schröder S. 50).

Bezüglich des ersatzberechtigten Grundstücksbesitzers ist endlich noch auf den Analogieschluß hinzuweisen, den § 851 nahelegt. Wolff (Sachenr. § 19 VII 3) hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht. Es wird der Ersatzanspruch

nicht dem Grundstücksbesitzer als solchem schlechthin zuzusprechen sein, sondern demjenigen Grundstücksinteressenten, der in Wirklichkeit den Schaden erleidet (z. B. der Eigentümer oder der Pächter: vgl. §§ 587—589).

Der Sachbesitzer muß aber analog dem § 851 durch Leistung an den Grundstücksbesitzer befreit werden, sofern er ihn nur für den Berechtigten hält. Seinen guten Glauben zu schützen, ist Zweck und Sinn des § 851. Ebenso Wolff, Sachenr. § 19 VII; Biermann zu § 867, 2b, Peskatore S. 67/68. Der in Wahrheit Geschädigte (Eigentümer, Pächter) hat dann einen Anspruch auf die ungerechtfertigte Bereicherung gegen den Grundstücksbesitzer als den Empfänger der Leistung nach § 816 Abs. 2.

bb) Welche Bestimmung greift aber bezüglich des Schadenersatzanspruches bei eigenmächtiger Abholung Platz? Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß der Grundstücksbesitzer in diesem Falle keinen Besitzanspruch gegen den Sachbesitzer hat; denn es liegt nicht einmal eine fortdauernde **Störung** im Besitze des Grundstücks vor (§ 858). Ebenso Planck zu § 867 Anm. 6. Es wurde nun oben festgestellt, daß wenn der Sachbesitzer die Sache auf dem Grundstück aufsucht und von ihr fortschafft, ohne daß ihm dies gestattet worden ist oder die Voraussetzungen der §§ 904, 229 gegeben sind, seine Handlungsweise eine widerrechtliche ist. Uebertritt er dabei zugleich schuldhaft (was sich bei der Mehrzahl der Fälle ohne weiteres aus seinem Verhalten ergeben wird) das vom Gesetze zum Schutze des Besitzers ausgesprochene Verbot des § 858, so erwächst dem Grundstücksbesitzer gegen den Sachbesitzer ein Anspruch auf Ersatz des ihm verursachten Schadens auf Grund § 823 Abs. 2; denn § 858 ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2. So besonders Planck (zu § 823 Anm. II, 1), der den Besitz nicht unter den Schutz des Abs. 1 § 823 fallen läßt. (Siehe RG. 50, 60; 59, 326 ff., bei Gruchot 51, 985 ff.). „Als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 ist dasjenige Gesetz zu erachten, das dem einen im Interesse eines andern ein bestimmtes Verhalten ge-

bietet oder verbietet“ (Goldmann-Lilienthal I § 231 II, 3a). Aber auch aus § 823 Abs. 1 erwächst in diesem Falle die Ersatzpflicht des Sachbesitzers Beschädigt er eine im Besitz des Grundstücksbesitzers stehende Sache, so verletzt er damit dessen Besitz selbst. Nun kann es zwar fraglich erscheinen, ob der Besitz unter die generalis clausula des § 823 Abs. 1: „Ein sonstiges Recht“ fällt. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob der Besitz ein Recht oder nur eine Tatsache ist, auf jeden Fall aber ist der Besitz im Sinne des BGB. eine rechtliche geschützte Position, deren Verletzung das Gesetz ausdrücklich im § 858 als „widerrechtlich“ erachtet. Es handelt sich mithin um ein Ausschließungsverhältnis, also ein Verhältnis mit absoluter Wirkung, dessen Rechtsschutz Sinn des § 823 Abs. 1 ist. Ebenso die herrschende Meinung: v. Liszt, S. 21; Oertmann zu § 823 Anm. 3e; Dernburg-Raape II § 383 IV, 1 S. 742; v. Staudinger zu § 823 Anm. II A, 2e, Enneccerus I, 2 § 451 I, 1c S. 646, 647; Goldmann-Lilienthal II S. 890; Neumann zu § 823 Anm. B V, 1a; Kuhlenbeck zu § 823 Anm. 8b und die Praxis der Gerichte, vgl. RG. 73, 107; bei Gruchot 50, 968; OLG. Colmar im Recht 03, 576; OLG. Posen im Recht 05, 134; OLG. Breslau im Recht 05, 648).

Ist sonach festgestellt, daß der Grundstücksbesitzer im Falle eigenmächtiger Durchführung des Abholungsanspruchs Ersatz des ihm entstandenen Schadens auf Grund der §§ 823 ff. verlangen kann, so fragt sich, ob er nicht dieses Schadensersatzrecht direkt auf § 867 Satz 2 stützen kann. Planck (zu § 867 Anm. 6) läßt in diesem Falle wahlweise die Schadensersatzpflicht nach allgemeinen Vorschriften oder nach § 867 Satz 2 zu. Wie festgestellt, beruht der Ersatzanspruch des § 867 Satz 2 nicht auf unerlaubter Handlung. Wenn daher schon bei rechtmäßiger Realisierung des Abholungsanspruchs nicht geprüft zu werden braucht gemäß § 867, ob Schuldhaftigkeit usw. vorliegt, so muß das erst recht bei illegaler Durchsetzung des Anspruchs gelten. Man käme sonst zu dem merkwürdigen Resultat, daß der dem Gesetz entsprechend zur Abholung vorgehende Sachbesitzer schlechter gestellt wäre

als der, der mit weniger ängstlichem Gewissen ausgestattet eigenmächtig sich seine Sache wiederholt. Sobald Vorsatz und Fahrlässigkeit bei letzterem zu verneinen wäre, ginge er haftfrei aus. Das kann nicht die ratio des Gesetzes sein. Daher ist auch bei eigenmächtiger Durchführung des Abholungsanspruchs in erster Linie, wenn nicht ausschließlich, § 867 Satz 2 berufen, dem Grundstücksbesitzer entstehenden Schaden zu rechtfertigen. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. muß daher die seltene Ausnahme bleiben, wenn er auch nicht als unzulässig abzulehnen ist, wie Eccius (bei Gruchot 53, 8 ff. und Wolff. Das Recht zum Besitze S. 27/28) in konsequenter Durchdenkung ihrer Meinung annehmen müssen.

Die Ansicht der Reichsgerichtsräte (Komm. zu § 867 Anm. 3) die im vorliegenden Falle lediglich die §§ 823 ff. anwenden wollen, da sie § 867 Satz 2 nicht erwähnen, ist sonach abzulehnen. (Ebenso: Peskatore S. 69/70).

cc) „Der Grundstücksbesitzer kann Ersatz des durch die Aufsuchung und Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen". Durch diese Fassung des Gesetzes kann natürlich der Ersatz des Schadens nicht ausgeschlossen sein, der bereits durch das **Gelangen** der Sache auf das Grundstück oder deren **Verweilen** auf dem Grundstücke entstanden ist bezw. entsteht, z. B. der auf das Nachbargrundstück geschlagene Tennisball zerschlägt eine Fensterscheibe, der dorthin entlaufene Hund zerwühlt wertvolle Pflanzenbeete. Die Frage ist: Kann der Ersatzanspruch für diesen Schaden ebenfalls auf § 867 gestützt werden? Sie ist zu verneinen, weil § 867 Satz 2 klar und unzweideutig nur den Schaden im Auge hat, der durch die Aufsuchung und Wegschaffung entsteht. Somit ist der hier in Frage stehende Schaden nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. zu ersetzen. Einschlägige Bedeutung können dabei besonders die §§ 831, 832, 833/34, 836—838 gewinnen, auf die hier nicht näher einzugehen ist. (Ebenso: Biermann zu § 867 Anm. 2 b; Klein S. 26; Straßner S. 40; Schellert S. 56/57.)

dd) Eine Frage ähnlichen Inhalts wie die eben erörterte, ist die nach der Ersatzpflicht des Schadens, den der Sachbesitzer nicht unmittelbar durch die Aufsuchung und Wegschaffung, sondern nur gelegentlich dieser Handlungen hervorruft: z. B. er stolpert gleich beim Betreten des fremden Grundstücks über einen umgelegten Rosenstock, der dabei zerbricht. Ich stehe nicht an, die Ersatzpflicht auch dieses Schadens unmittelbar auf § 867 Satz 2 zu stützen. Zwar ist dieser Schaden kein direkter im Sinne der obigen Darlegungen, wohl aber ist er unter den Begriff des „entfernteren Schadens" unterzubringen, so daß also bei derartig gelagerten Fällen die §§ 823 ff. auszuscheiden haben. Das rechtfertigt sich auch daraus, daß man das Betreten des Grundstücks auch als zur Abholung notwendige Handlung oder doch sicherlich notwendige Vorbereitungshandlung anzusehen hat.

b) **Kautions- und Leistungsverweigerungsrecht.**

Der Grundstücksbesitzer kann „wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird". Damit hat der Gesetzgeber nicht grundsätzlich das Erfordernis einer vorherigen Sicherheitsleistung aufgestellt, vielmehr kann Sicherheit nur verlangt werden, wenn die Besorgnis der Entstehung eines Schadens gerechtfertigt ist. Und dem ist vom Billigkeitsstandpunkte nur zuzustimmen; denn das Recht auf Sicherheitsleistung kann leicht, wie die Prot. (3, 167) mit Recht hervorheben, zur Schikane seitens des Grundstückseigentümers gemißbraucht werden, zumal da in der Mehrheit der Fälle ein einigermaßen erheblicher Schaden für den Grundstückseigentümer nicht zu befürchten ist." Indessen können Fälle eintreten (wie z. B. das Endemannsche Beispiel (S. 190 Anm. 25) zeigt: Ein Kanarienvogel ist entflogen und dessen Besitzer müßte erst Geld zur Sicherstellung herbeiholen), in denen an dem Erfordernis der Sicherheitsleistung festzuhalten, höchst unbillig wäre, mit Rücksicht auf den dem § 867 zugrunde liegenden Rechtsgedanken, nämlich schnelle Wiedereinrenkung kleiner

Besitzverschiebungen. Daher bestimmt auch das Gesetz konsequent, daß die Verweigerung unzulässig ist, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Damit ist der im § 962 bei der Verfolgung von Bienenschwärmen allgemein ausgesprochene Wegfall der Sicherheitsleistung (mit dem Aufschub wäre hier immer Gefahr verbunden) auch für ähnlich gelagerte Fälle des § 867 ausgesprochen. Einen Anhalt, ob derartige Fälle in Frage stehen, wird man immer auf Grund der §§ 904, 229 gewinnen können (ebenso Biermann zu § 867 Anm. 2c). Gesetztechnisch ist die Geltendmachung der mangelnden Sicherheitsleistung eine Einrede („Leistungsverweigerungsrecht") und zwar eine dilatorische Einrede, deren zugrunde liegende Tatsachen der Grundstücksbesitzer beweisen muß.

Für die Sicherheitsleistung selbst sind die §§ 232 ff. maßgebend.

### c) **Zurückbehaltungsrecht.**

Im Anschluß an die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung ist die Frage zu erörtern, ob der Grundstücksbesitzer bei Vorliegen eines Schadens, der entweder bereits durch das Gelangen der Sache auf das Grundstück (der überfliegende Tennisball zerschlägt eine Fensterscheibe) bezw. durch deren Verweilen auf dem Grundstück oder durch den Sachbesitzer vor Geltendmachung des Abholungsanspruchs (er stolpert beim Betreten des Grundstücks über einen umgelegten Rosenstock, der dabei zerbricht) entstanden ist, die Gestattung zur Abholung verweigern darf, bis der ihm gegen den Sachbesitzer zustehende fällige Anspruch auf Schadenersatz befriedigt ist. Es ist m. a. W. zu prüfen, ob er ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 ausüben darf.

Bei Erörterung dieser Frage ist zunächst festzustellen, worin die **Leistung** des Grundstücksbesitzers im Falle des § 867 besteht. Man hat hierbei zu unterscheiden, ob die auf das Grundstück gelangte Sache vom Grundstücksbesitzer bereits in Besitz genommen ist oder noch unberührt daliegt, ob also

m. a. W. der Abholungsanspruch noch gegen ihn besteht, oder infolge der Inbesitznahme seine Existenz eingebüßt hat und ein anderer Anspruch (§§ 861, 985, 1007) an seine Stelle getreten ist. Ist nähmlich die Sache noch nicht in Besitz genommen, so ist die Leistung des Grundstücksbesitzers nichts anderes als die Gestattung zur Aufsuchung und Wegschaffung der Sache, ist dagegen die Inbesitznahme erfolgt, so hat der Grundstücksbesitzer die Sache herauszugeben. Demnach würde im ersteren Falle das Zurückbehaltungsrecht bestehen in der Verweigerung der Gestattungserklärung und im letzteren Falle in der Verweigerung der Herausgabe. Nun könnte es bedenklich erscheinen, ob man in der Abgabe einer Gestattungserklärung einen Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts erblicken kann, da „zurückbehalten" im Sprachgebrauch des Lebens immer eine bestimmte Sache voraussetzt, die man in seiner tatsächlichen Gewalt hat. Doch hierauf ist juristisch nicht das entscheidende Gewicht zu legen. „Die Bezeichnung Zurückbehaltungsrecht ist bloß bildlich zutreffend, da es sich um das Recht der Verweigerung einer Leistung schlechthin, nicht bloß einer Sachleistung, handelt." (So mit Recht v. Staudinger zu § 273 Anm. I, 1 — Vgl. Schollmeyer zu § 273 Anm. 1 b). Es kommt eben nur darauf an, daß man es tatsächlich in der Macht hat, eine Leistung an den Gegner zu verhindern. Das können Handlungen (vgl. RG. 59, 201; Oertmann zu § 273 Anm. 3) sein, und auch Willenserklärungen (siehe Enneccerus I, 2 § 249) wie die Erklärung der Gestattung zur Abholung; denn ohne den Willen des Grundstücksbesitzers könnte der Sachbesitzer nicht seinen Abholungsanspruch realisieren, da er sonst widerrechtlich handelte.

Nun könnte man allerdings einwenden, ein Rückbehaltungsrecht, das in der Verweigerung der Gestattungserklärung der Abholung besteht, wird deshalb nicht in Frage kommen, weil das Verwehren des Abholens seitens des Grundstücksbesitzers regelmäßig eine Inbesitznahme der Sache durch diesen bedeuten wird (vgl. v. Staudinger zu § 867 Anm. 2a), so daß also ein Zurückbehaltungsrecht nur an der in Besitz befindlichen Sache

in Frage kommt. Zuzugeben ist, daß der Fall der Inbesitznahme entsprechend dem Hauptzweck des Zurückbehaltungsrechts, das in der Regel nur zur Sicherung dient, ebenfalls den Regelfall darstellen wird. Da aber das Zurückbehaltungsrecht, abgesehen von seiner Bedeutung als Sicherungsmittel auch die Unbilligkeit verhindern soll, die in dem Verlangen der Vorleistung liegt, also auch den Charakter eines Zwangsmittels trägt,

vgl. v. Staudinger zu § 273 Anm. I, 3; Dernburg II, 1 § 57, 1 S. 144; Endemann I S. 713; Planck zu § 273 Anm. 4; Schlegelberger S. 103; Rieger S. 9

so sind immerhin Fälle denkbar, in denen der Grundstücksbesitzer den Besitz der Sache gar nicht annehmen will (er erklärt dies ausdrücklich) oder annehmen kann (er kennt nicht den versteckten Platz, an dem die Sache sich befindet). Man sieht also, daß es nicht angängig ist, die Verwehrung des Abholens durch den Grundstücksbesitzer schlechthin als eine Inbesitznahme der Sache durch ihn zu deuten, vielmehr ist von Fall zu Fall entscheiden, ob in der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts eine Inbesitznahme liegen soll oder nicht. Dies zugegeben, bleiben bei der Erörterung der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts im Falle des § 867 die Fälle zu scheiden, ob die auf das Grundstück gelangte Sache bereits in Besitz genommen ist oder nicht.

Auf welche Vorschrift wäre jedoch das Retentionsrecht in diesem letzteren Falle (Nichtinbesitznahme) zu stützen? Einen Schluß a minore ad maius scheint § 867 selbst zuzulassen; denn was für den erst möglicherweise entstehenden Schaden gilt, das muß erst recht für den bereits entstandenen gelten. So stützt denn auch Endemann (II, 1 S. 190 Anm. 25) direkt § 867 das Zurückbehaltungsrecht wegen eines bereits entstandenen Schadens. Aber diese Auffassung ist nach dem Gesetz unmöglich, so sehr sie auch dem richtigen Rechtsgedanken entsprechen mag. Es spricht gegen sie, daß im § 867 nicht einmal für den erst durch die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache drohenden Schaden ein Zurückbehaltungsrecht

gegeben ist. Schon deshalb nicht, weil dem Haupterfordernis des Zurückbehaltungsrechts nicht genügt ist, daß dem Hauptanspruch ein fälliger Gegenanspruch gegenübersteht. Dem Schaden, dessen Entstehung nnr zu besorgen ist, entspricht kein fälliger Schadenersatzanspruch. Vielmehr gibt § 867 im Satz 3 nur eine dilatorische Einrede. Dies ergibt sich aus dem Gesetz selbst, in dem § 202 Abs. 2 die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung neben die Einrede des Zurückbehaltungsrechts stellt. Der § 867 Satz 3 steht auf einer Stufe mit dem § 258, § 811, § 831, § 1049, § 1216, § 2125. Ebenso Planck zu § 867 Anm. 4; Langheineken S. 332; Schlegelberger S. 101, Schellert S. 60/61.

Somit kann sich die Beantwortung der Frage, ob in unserem Falle ein Zurückbehaltungsrecht gegeben ist oder nicht, lediglich nach den allgemeinen Bestimmungen über das Zurückbehaltungsrecht der §§ 273 ff. richten. Und hier kommt nicht der Abs. 2 des § 273 in Betracht, wie Dernburg (III § 28, 6 S. 99), Kniep (S. 164) und Schröder (S. 53) es annehmen wollen, da der Grundstücksbesitzer zwar nicht zur Herausgabe der Sache, sondern nur zur Gestattung der Abholung derselben verpflichtet sei, beides aber praktisch auf dasselbe hinauslaufe. — Die Sache ist vom Grundstücksbesitzer noch nicht in Besitz genommen, somit besteht gegen ihn kein Herausgabeanspruch, sondern nur der Abholungsanspruch. Abs. 2 des § 273 hat aber eine Herausgabeverpflichtung zur Voraussetzung. Das ist auch die herrschende Meinung.

Daher kann für die Frage nach der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts nur der Absatz 1 des § 273 entscheidend sein, der den Generaltatbestand für das Zurückbehaltungsrecht festgelegt hat und von dem in Abs. 2 nur zwei spezielle Fälle geregelt sind (ebenso Schlegelberger S. 82 ff., Neumann zu § 273 Anm. I, 1 a; Schellert S. 62).

Die Voraussetzung, daß zwei fällige Ansprüche zwei Personen gegeneinander zustehen, ist erfüllt. Zweifelhaft könnte sein, ob da wir es mit einem dinglichen Anspruch

auf der einen, mit einem obligatorischen Anspruch auf der anderen Seite zu tun haben, hier das Zurückbehaltungsrecht möglich ist. Aber auch die dinglichen Ansprüche sind Ansprüche und von diesen ist im § 273 Abs. 1 ganz allgemein die Rede. Es wäre daher der gewiesene Platz für die Vorschriften über das Zurückbehaltungsrecht eigentlich der Allgemeine Teil des BGB. Ueber die Frage endlich, wann dasselbe rechtliche Verhältnis vorliegt, gehen die Ansichten auseinander. Die Streitfrage ist daher entstanden, weil das Gesetz hier von „rechtlichen Verhältnis" redet, während es sonst immer „Rechtsverhältnis heißt. Gleichwohl will Rech (S. 12) beide Begriffe identifizieren, jedoch mit Unrecht; denn bei der Sorgfalt des Gesetzgebers für eine stets einheitliche Bezeichnung gleicher Begriffe ist dies nicht anzunehmen. Das Gesetz braucht eben absichtlich den mit „Rechtsverhältnis" durchaus nicht gleichbedeutenden Ausdruck „rechtliches Verhältnis" (ebenso Oertmann § 273 Anm. 2b). Daher ist auch nicht, wie Cosack (§ 86 II, 2a und Lotmar, Arbeitsvertrag II S. 708) es wollen, Identität des Rechtsverhältnisses zu fordern. Diese Ansicht ist allgemein abgelehnt. Vielmehr ist man mit Rücksicht darauf, daß das ganze Institut des Zurückbehaltungsrechts in Billigkeitserwägungen seinen letzten Grund hat (vgl. Schollmeyer zu § 273 Anm. 1b) eher geneigt, den Ausdruck „dasselbe rechtliche Verhältnis" sehr extensiv zu interpretieren.

So besagt eine zweite, in Literatur und Praxis weitverbreitete Ansicht, es müsse hierbei auf die Identität des Lebensverhältnisses abgestellt sein; oder wie Oertmann (zu § 273 Anm. 2b) es in ähnlicher Weise auf die Identität des Zweckes ankommen läßt. Begründet wird diese Auffassung auf der einen Seite damit, daß „unter demselben rechtlichen Verhältnis nicht nur ein bestimmtes einzelnes Rechtsverhältnis zu verstehen sei, aus dem Leistung und Gegenleistung in gegenseitiger Bedingtheit geschuldet werden, vielmehr darunter falle auch die natürliche gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" (So OLG. Hamburg, in Resp. 3, 354). Auf der andern Seite führt man aus: „Es

darf nicht als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen, wenn der eine Interessent von dem andern eine Leistung verlangt, die von ihm geschuldete Leistung anderseits nicht gewähren wollte“ (RG. 14, 231; 57, 7). Anhänger dieser Ansicht sind, wenn sie auch im einzelnen von einander etwas abweichen:

> Dernburg II, 1 § 57 Anm. 12 S. 145; Planck zu § 273 Anm. 2a; v. Staudinger zu § 273 II, 1b; Enneccerus I, 2 § 249 I, 1a; Schlegelberger S. 87, 88 und die überwiegende Praxis: so das RG. in zahlreichen weiteren Entscheidungen (Bd. 68, 32; vgl. bei Gruchot 51, 166 u 919; DJZ. 04. 407), ferner OLG. Hamburg: Respr. 16, 355; Seuff Arch; 61 Nr. 30 S. 50 ff.; OLG Kiel Respr. 16, 357; OLG, Dresden Respr. 16, 459; OLG. Karlsruhe Respr. 3, 355. OLG. Posen Seuff. Arch. 62 Nr. 153 S. 263; OLG. Naumburg Recht 03, 428 Nr. 2238.

Die Begründung, die die Vertreter dieser Ansicht und die zitierten Entscheidungen der Gerichte geben, — sie bezieht sich im wesentlichen auf das in den oben wörtlich zitierten Entscheidungen Ausgeführte — gelangt zu einer Auslegung des § 273 Abs. 1, die m. E. den Wortsinn desselben weit überschreitet. (Ebenso OLG. Hamburg Respr. 16, 356; vgl. Endemann I S. 710 Anm. 7 a. E.). Wenn der natürliche Zusammenhang der Ansprüche genügen sollte, warum verlangt dann der Gesetzgeber im § 273 Abs. 1 „dasselbe rechtliche Verhältnis“ anstatt „dasselbe tatsächliche Verhältnis?“ Und dann könnte man, wenn alles auf Treu und Glauben abgestellt sein soll, § 273 entbehren und immer aus § 242 ein Zurückbehaltungsrecht statuieren, auch wenn dasselbe rechtliche Verhältnis nicht vorliegt, wie letzteres Stammler (S. 351) annimmt. Ein Zurückbehaltungsrecht nach Treu und Glauben würde auch da gegeben sein, wo sich Ansprüche aus den „heterogensten Rechtsgründen“ (so OLG. Hamburg Respr. 16, 355) gegenüberständen; dies entspricht aber nicht dem Gesetz. Nach diesem ist an dem Erfordernis der Konnexität festzuhalten, d. h. daß die gegenseitigen Ansprüche „aus demselben rechtlichen Verhältnis“ hervorgegangen sein müssen, und

darüber hinaus ist ein allgemeines Zurückbehaltungsrecht auf Treu und Glauben gestützt abzuweisen. Den Begriff der Konnexität faßt m. E. Endemann (I § 126, 2 S. 710) scharf. Er sagt: „Voraussetzung der Konnexität sei, daß Schuld und Anspruch, wenngleich die Entstehungsgründe sich aus verschiedenen Tatbeständen herleiten, doch aus einer **Wurzel** entsprungen sind, und der Ausübung nach in rechtlich anzuerkennender Gebundenheit von einander stehen". Dies auf unsern vorliegenden Fall des Abholungsanspruchs angewandt, ergibt folgendes: Der Grundstücksbesitzer hat gegen den Sachbesitzer einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, weil der überfliegende Tennisball eine Fensterscheibe zerschlug. Dagegen hat der Sachbesitzer gegen den Grundstücksbesitzer den Abholungsanspruch. Diese Ansprüche sind aus einer Wurzel entsprungen, nämlich dem dem Abholungsanspruch zugrunde liegenden Tatbestande des Gelangens des Balles auf das Nachbargrundstück. Das dies zutreffend ist, ergibt sich auch aus folgendem: Wie bereits festgestellt, enthält § 273 Abs. 2 besonders wichtige Anwendungsfälle des im Abs. 1 prinzipiell normierten Zurückbehaltungsrechts; danach muß Konnexität der Ansprüche auch im Falle Abs. 2 § 273 erforderlich sein, und sie ist nach dessen Bestimmung gegeben, wenn der zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichtete auf diesen Gegenstand Verwendungen gemacht oder durch ihn Schaden erlitten hat. Nun ist der Grundstücksbesitzer zwar nicht zur Herausgabe der Sache, wohl aber nur zur Gestattung der Abholung derselben verpflichtet. Da beides auf gleicher tatsächlicher Grundlage beruht, dürfte also auch aus diesem Gesichtspunkte die obige Entscheidung zutreffend sein. Und da endlich sich auch aus dem Schuldverhältnis nichts anderes (z. B. Vorleistung) ergibt, so hat der Grundstücksbesitzer das Recht, die Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu verweigern, bis er von dem Sachbesitzer wegen seines Schadensersatzanspruches befriedigt ist. (Ebenso Schellert S. 73).

Dieses Ergebnis entspricht dem richtigen Rechtsgedanken.

Liegt daher dem Sachbesitzer daran, die Sache sofort wieder zu bekommen, so muß er entweder den entstandenen Schaden ersetzen, oder die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung gemäß § 273 Abs. 3 abwenden. Doch muß m. E. die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts unzulässig sein, angesichts analoger Anwendung § 867 Satz 3, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Das ergibt der Zweckgedanke des § 867.

Hat der Grundstücksbesitzer dagegen die Sache in Besitz genommen, ist er daher zur Herausgabe verpflichtet, so ist die nach § 273 Abs. 2 nötige Voraussetzung für ein Zurückbehaltungsrecht, nämlich diese Herausgabeverpflichtung, erfüllt und die Einrede des Zurückbehaltungsrechts gegeben. Nach § 273 Abs. 2 darf jedoch der Grundstücksbesitzer das Zurückbehaltungsrecht nicht ausüben, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat. Es wird daher in jedem Falle zu prüfen sein, ob dieser Ausnahmetatbestand der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung vorliegt. Das ist sicher dann nicht der Fall, wenn der Sachbesitzer zugleich mit dem Gelangen der Sache auf das fremde Grundstück ihren Besitz verloren hatte. In ihrer Besitznahme liegt dann keine verbotene Eigenmacht, geschweige denn eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung. Bedenken sind dagegen am Platze, wenn der Besitz des Sachbesitzers fortdauert; denn dann stellt die Inbesitznahme des Grundstücksbesitzers Besitzentziehung ohne Willen des Sachbesitzers, also verbotene Eigenmacht dar. Nun ist Verschulden des Täters kein wesentliches Begriffsmerkmal der verbotenen Eigenmacht. Sie fordert nur **objektive Rechtswidrigkeit.** Ebenso Wolff, Sachenr. § 17 I, 6; RG. 67, 389; 55, 55; JW. 05, 494). Also wird bei der Annahme der „reinen" verbotenen Eigenmacht die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts außer Frage stehen. Anders dagegen ist die Sachlage, wenn durch Hinzutritt des subjektiven Verschuldens seitens des Grundstücksbesitzers die verbotene Eigenmacht zu einer unerlaubten Handlung sich erweitert, die in der Verletzung des Besitzes

entweder nach § 823 Abs. 1 oder nach § 823 Abs. 2 in Verb. mit § 858 bestehen würde. Ist das der Fall, so wird man auch mühelos die in § 273 Abs. 2 erforderte **vorsätzliche** unerlaubte Handlung („das Bewußtsein der Kausalität der Handlung“: RG. in JW. 06, 62; 51, 381) in dem Verhalten des Grundstückbesitzers erblicken dürfen. Und somit wäre das Zurückbehaltungsrecht abzulehnen.

Dieses Ergebnis ist nicht so unbillig, wie Schellert (S. 64) es erachtet, der deshalb empfiehlt, der von Eccius (bei Gruchot 53, 8 ff.) und Wolff (Das Recht zum Besitze S. 27/28) vertretenen Ansicht sich anzuschließen. Die beiden Autoren äußern sich nämlich dahin, daß die Besitzentziehung als solche niemals unter § 823 falle, weil einerseits beide Ansprüche (§§ 861, 862 und § 823) das gemeinsame Ziel hätten, nämlich Wiederherstellung des früheren Zustandes (siehe §§ 861, 862; 823 i. Vbd. mit § 249 ff.) und andererseits den Ansprüchen aus §§ 861, 862 derartige Beschränkungen auferlegt seien, daß in ihnen — zumal eine Verletzung des Besitzes anders als durch Entziehung bezw. Störung gar nicht denkbar sei — eine spezielle erschöpfende Regelung der Besitzverletzung erblickt werden müsse. Daher könne der Grundstücksbesitzer in unserem Falle durch die Inbesitznahme der Sache niemals eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. begehen, und somit sein Zurückbehaltungsrecht im Falle des § 273 Abs. 2 stets ausüben.

Es kann im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben, ob die dargelegte Ansicht im Gegensatz zur herrschenden Meinung Beifall verdient. Die oben gefällte Entscheidung über die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts im Falle der Inbesitznahme entspricht dem Zweckgedanken § 867; denn einmal hätte der Grundstücksbesitzer die Sache nicht in Besitz zu nehmen brauchen, da ihm auch ohne die Inbesitznahme ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 zuzusprechen war, und anderseits wird in vielen Fällen die Einrede des Zurückbehaltungsrechts gemäß letzten Satzes § 867, also damit auch die Inbesitznahme unzulässig sein, wenn nämlich mit

dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Das wird auch hier durchschlagend sein. Diese Gefahr wäre zu bejahen, wenn es sich um einen leichtverderblichen Gegenstand handelt, oder das Grundstück von vielen Personen betreten und so die Gefahr des Gestohlenwerdens der Sache begründet wird, besonders auch, wenn es sich um Tiere handelt. Damit dürfte der Schellertsche Einwand wegen der Unbilligkeit obigen Ergebnisses widerlegt sein.

Ob dem Grundstücksbesitzer ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Schadens, den der Sachbesitzer vor der Geltendmachung des Abholungsanspruchs angerichtet hat, zuzusprechen sein wird, dürfte mit Rücksicht auf den Zwangsmittelcharakter des Retentionsrechts zu bejahen sein, und zwar erhellt dies bei nicht erfolgter Inbesitznahme der Sache nach § 273 Abs. 1 ohne weiteres, während es bei der erfolgten Inbesitznahme der Sache nach § 273 Abs. 2 einer äußerst extensiven Interpretation der Worte „**durch** die Sache" bedürfte, die anzunehmen jedoch oft der Billigkeit entsprechen wird. Es muß also die Eigenart des Einzelfalles dabei berücksichtigt werden.

d) Bedeutsam ist es endlich die Frage nach dem Zurückbehaltungsrecht des Grundbesitzers bei Aufwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, z. B. er hat den zugelaufenen Hund gefüttert. Dernburg (III § 28, 6), Kniep (S. 164), Schröder (S. 53) gewähren ohne weiteres das Zurückbehaltungsrecht analog dem § 273 Abs. 2. Man wird auch hier die Fälle der Inbesitznahme der Sache von denen scheiden müssen, in denen eine solche Inbesitznahme noch nicht erfolgt ist. Im ersteren Falle ergeben sich keine Besonderheiten gemäß § 273 Abs. 2, der ja ausdrücklich den Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand neben den Anspruch wegen eines durch diesen verursachten Schadens stellt. Es gilt daher für ihn all das oben über das Zurückbehaltungsrecht wegen eines Schadens durch die Sache Dargelegte.

Im letzteren Fall ist zunächst festzustellen, daß auch in der Verweigerung der Abholung wegen Aufwendungen auf die Sache sehr oft zwar, aber nicht immer die Inbesitznahme zu

erblicken ist. (Vgl. Seite 63). Die Vorschrift, die den Anspruch wegen Verwendungen rechtfertigt, wird ohne weiteres die Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben. Die Uebernahme der Geschäftsführung, wie im obigen Beispiel die Fütterung des Hundes, wird in der größten Mehrzahl der Fälle dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen, so daß also dem Grundstücksbesitzer ein fälliger Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zur Seite steht. Die übrigen Voraussetzungen nach § 273 Abs. 1 sind die gleichen, wie sie bereits oben erörtert sind. Man hat also auch im Falle der Nichtinbesitznahme der Sache dem Grundstücksbesitzer ein Zurückbehaltungsrecht zuzusprechen. Ließe sich ausnahmsweise kein fälliger Gegenanspruch feststellen, so wäre das Zurückbehaltungsrecht abzulehnen.

Hinsichtlich der Unzuläßigkeit des Zurückbehaltungsrechts im Falle letzten Satzes § 867 gilt hier das Gleiche wie oben bezüglich des Rententionsrechts wegen Schadenersatzanspruchs Ausgeführte.

### e) **Weigerung bei wichtigem Grunde.**

Es ist endlich noch die Frage zu erörtern, ob dem Grundstücksbesiter das Recht zusteht, die Gestattung aus sonstigem **wichtigem Grunde** zu verweigern. Auf § 867 kann der Grundstücksbesitzer seine Weigerung wegen eines wichtigen Grundes nicht stützen, abgesehen davon, daß § 867 hierfür nach seiner Fassung keine Handhabe bietet, würde es auch seiner ratio widersprechen. Es ist berufen, in erster Linie dem Interesse des Sachbesitzers zu dienen (vgl. letzten Satz § 867). Und doch sind Fälle denkbar, in denen auch dem Grundbesitzer wichtige Gründe für eine Weigerung zur Seite stehen können, wie oben bei der Darlegung des Anspruchsziels erörtert ist. Diese Gründe rechtlich anzuerkennen, besteht demnach eine Notwendigkeit. Ist das der Fall, so muß auch ein Weg gefunden werden, der ihre praktische Geltendmachung sichert. Diesen Weg bieten m. E. die §§ 904 und 226. Es dürfte sich

aus § 904 wohl der Umkehrschluß rechtfertigten: „Der Eigentümer (Besitzer) einer Sache ist berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr zwar notwendig erscheint, aber der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung entstehenden Schaden unverhältnismäßig klein ist.“ In derartigem Falle wird man dem Grundstücksbesitzer ein Weigerungsrecht mit guten Gründen nicht absprechen können. Eklatanter tritt dies noch zutage beim Vorliegen von Umständen, die aus § 226 eine Weigerung gerechtfertigt erscheinen lassen; wenn nämlich der Sachbesitzer gar kein Interesse an der persönlichen Abholung hat und sein Verlangen lediglich den Zweck verfolgt, in unsinniger Rechthaberei den Abholungsanspruch durchzusetzen, dagegen der Grundstücksbesitzer ein erhebliches Interesse an dem Fernbleiben des Sachbesitzers vom Grundstück hat und sich erbietet, die Sache selbst aufzusuchen und zurückzugeben. Liegen diese Voraussetzungen vor, wird man dem Grundstücksbesitzer ein Weigerungsrecht ebenfalls nicht versagen dürfen (§ 226).

Gleicher Ansicht: v. Staudinger zu § 867 2 c, Kuhlenbeck zu § 867: Biermann zu § 867, 2a; Planck zu § 867 Anm. 4; Bekker S. 21; Schellert S. 49.

**Anmerkung**: Nimmt ein **Dritter** die Sache in Besitz, so fragt sich, ob der Grundstücksbesitzer Rechtsmittel gegen diesen hat. Das kommt auf die Umstände des Einzelfalles an. Insbesondere kann er sich des Schutzes der §§ 861, 862 nur bedienen, wenn er schon selbst an der Sache Besitz hatte und der Besitzerwerb des Dritten verbotene Eigenmacht darstellte. Andernfalls sind diese Vorschriften nicht gegeben, und der Grundstücksbesitzer kann sich nur auf allgemeine Bestimmungen stützen.

Ebenso richten sich umgekehrt etwaige Ansprüche des Dritten gegen den Grundstücksbesitzer nach allgemeinen Regeln.

## B. § 10. Weitere Rechte des Sachbesitzers gegen den Grundstücksbesitzer.

Wir gelangen jetzt zur Prüfung der aus dem Abholungsanspruch resultierenden Rechte des Sachbesitzers gegenüber dem Grundstücksbesitzer. Hierbei sind zunächst zu erörtern die Rechte, die entstehen können, solange die Sache vom Grundstücksbesitzer noch nicht in Besitz genommen ist, und sodann die Rechte des Sachbesitzers zu behandeln, die im Falle der Inbesitznahme der Sache ihm zuzusprechen sind.

### 1. Rechte des Sachbesitzers, solange die Sache inzwischen nicht in Besitz genommen ist.

a) In diesem Falle kommen hauptsächlich Schadensersatzansprüche in Frage. Während § 867 dem Sachbesitzer eine besondere Schadensersatzpflicht auferlegt, kann eine solche für den Grundstücksbesitzer nur nach den allgemeinen Vorschriften in Betracht kommen. Eine schuldhafte und widerrechtliche Beschädigung oder Zerstörung der auf sein Grundstück gelangten Sache macht den Grundstücksbesitzer nach §§ 823 ff. schadensersatzpflichtig. Dasselbe muß auch gelten, wenn der Grundstücksbesitzer die Sache gegen das berechtigte Verbot des Sachbesitzers selbst abholt und sie dabei beschädigt. Hier wird insbesondere häufig fahrläßiges Verhalten vorliegen.

b) Ein Schadenersatzanspruch wird dem Sachbesitzer weiter aus § 826 dann erwachsen, wenn der Grundstücksbesitzer die Sache aus seinem Machtbereiche verbringt, z. B. sie auf die verkehrsreiche Straße wirft, lediglich um sich der ihm aus § 867 obliegenden Pflicht der Abholungsgestattung zu entziehen. Sein Vorgehen würde in der Tat im Widerspruch stehen „mit dem Maße sittlichen Verhaltens, ohne das man sich dem allgemeinen Tadel aussetzt, insbesondere derjenigen Selbstbeschränkung in der Verfolgung der eigenen Interessen gegenüber fremden, die nicht ohne Mißbilligung aller Wohldenkenden außer Acht gelassen werden darf“ (So Enneccerus I, 2 § 453, II, 3 b).

c) Hier ist auch die Frage zu erörtern, ob der Grundstücksbesitzer verpflichtet ist, die Legitimation des Abholenden

zu prüfen. Während Maenner (§ 18, S. 151) schlechthin verneint, bejaht Peskatore (S. 60) m. E. mit Recht diese Frage. § 867 stellt unzweifelhaft ein Legalschuldverhältnis dar. (s. OLG. Naumburg, Respr. 26, 4) Der Grundstücksbesitzer hat daher bei der Erfüllung seiner Verpflichtung, der „Erteilung der Gestattung", gemäß § 276 Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Er darf also die Gestattung nur demjenigen erteilen, den er für den Anspruchsberechtigten hält und, ohne sich dem Vorwurf der Fahrlässigkeit auszusetzen, auch halten darf. Verletzt er hierbei seine Pflicht, macht er sich nach § 276 und § 823 ff. schadensersatzpflichtig.

d) Ersatzpflichtig für Schäden ist der Grundstücksbesitzer insbesondere weiter dadurch, daß er die Gestattungserklärung, zu der er nach § 867 verpflichtet ist, grundlos verweigert. Der Sachbesitzer hat ja ein Recht, die Gestattungserklärung zu verlangen. Wer dieses Recht widerrechtlich und schuldhaft verletzt, ein Tatbestand, dem die grundlose Verweigerung der Abholung entspricht, ist nach § 823 Abs. 1, § 276 zum Schadenersatz verpflichtet. (Ebenso Dernburg III § 28, 2 S. 98; RGR.Komm. zu § 867 Anm. 4). Auch nach § 823 Abs. 2 würde m. E. in diesem Falle der Ersatzanspruch begründet sein. Aus den Darlegungen ergibt sich unzweifelhaft, daß der Abholungsanspruch dem Schutze des Sachbesitzers dienen soll. Das folgt auch aus seiner Stellung im System unmittelbar im Anschluß an die allgemeinen Besitzansprüche. Ist aber § 858 nach herrschender Ansicht als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 anzusehen, so liegt schon um deswillen kein Grund vor, der Bestimmung des § 867 den Charakter als Schutzgesetz abzusprechen. Also wird auch auf § 823 Abs. 2 i. Vbdg. mit § 867 ein Schadenersatzanspruch bei grundloser Weigerung zu gründen sein. (Ebenso Peskatore S. 73; OLG. Naumburg in Resp. 26, 4). Eine grundlose Weigerung wird anzunehmen sein im allgemeinen, wenn die Voraussetzungen der §§ 904, 229 dem Grundstücksbesitzer nicht zur Seite stehen. Im Laufe der Abhandlung ist über die Bestimmungen soviel gehandelt, daß auf das Erörterte verwiesen werden darf.

Eine grundlose Weigerung wird nach dem Zweckgedanken und der Fassung des § 867 selbst dann vorliegen, wenn schuldhafter Weise Sicherheitsleistung verlangt wird und es liegt Gefahr im Vorzuge, oder es ist überhaupt nicht die Entstehung eines Schadens zu besorgen, oder es wird endlich nach gestellter Sicherheitsleistung eine noch größere Sicherheitsleistung oder, allgemein ausgedrückt, eine nicht angemessene Sicherheitsleistung verlangt.

Eine Schadenersatzpflicht des Grundstücksbesitzers entsteht auch dadurch, daß er dem Sachbesitzer, dem die Voraussetzungen der §§ 904, 229 zur Seite stehen, Gewalt entgegensetzt, die dieser nicht überwinden kann oder will.

Für die Schadenersatzpflicht gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 ff., wobei besonders die §§ 252, 254 eine Rolle spielen werden.

Schellert (S. 66) will eine Schadenersatzpflicht des Grundstücksbesitzers wegen grundloser Verweigerung der Abholung nach Analogie des § 848 ablehnen, wenn es sich um zufälligen Untergang bezw. zufällige Verschlechterung der Sache handele, und der Schaden auch ohne seine schuldhafte Verweigerung eingetreten wäre. Das ist in dieser Allgemeinheit bedenklich. Es darf sich m. E. nur auf die Fälle beziehen, wo in der Verweigerung zugleich die unzweifelhafte Inbesitznahme zu erblicken ist. Hier besteht dann allerdings die gemäß § 848 erforderte Herausgabeverpflichtung. Liegt in der grundlosen Verweigerung der Gestattung nicht zugleich die Inbesitznahme der Sache, was nur von Fall zu Fall entschieden werden kann, so kommt m. E. eine erhöhte Haftung des Grundstücksbesitzers nach Verzugsgrundsätzen in Frage; denn es liegt ein Legalschuldverhältnis in § 867 vor. Hierbei würde allerdings § 287 die dem § 848 entsprechende Rolle spielen.

### 2. Rechte nach inzwischen erfolgter Inbesitznahme.

Bedeutsamer als die erörterten Schadensersatzansprüche des Sachbesitzers sind die Ansprüche, die seinem Schutz im

Falle der „inzwischen“ erfolgten Inbesitznahme dienen. Die Denkschrift (S. 114) äußert sich darüber: „Es tritt dann dem früheren Besitzer der Sache ein gegenwärtiger Besitzer gegenüber, der den Besitz ohne verbotene Eigenmacht erworben und deshalb dem früheren Besitzer nur nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze vermöge eines diesem etwa zustehenden Rechtes an der Sache zu weichen hat.“ Die Denkschrift behandelt danach die Frage nur unter der Voraussetzung des Besitzverlustes des Sachbesitzers beim Gelangen der Sache auf das fremde Grundstück, läßt mithin die Frage offen bei Besitzfortdauer des Sachbesitzes. Konsequenterweise muß sonach die Frage, welche Bestimmungen im einzelnen im Falle der Inbesitznahme platzgreifen, von der Entscheidung der Vorfrage abhängig sein, ob im gegebenen Falle der Besitz des Sachbesitzers noch fortdauert oder nicht.

a) Hat der Sachbesitzer mit dem Gelangen der Sache auf das fremde Grundstück bereits den **Besitz verloren** (die Sache wird meilenweit fortgeschwemmt), so kann ihm der Besitz der Sache ohne seinen Willen nicht nochmals entzogen werden, also der Grundstücksbesitzer keine verbotene Eigenmacht mit der Besitzergreifung begehen. Damit entfällt die Voraussetzung für possessorische Klagen; diese kommen sonach im vorliegenden Falle nicht mehr in Betracht. Es muß vielmehr aus dem Recht zum Besitz geklagt werden, es greifen also die §§ 985, 1065, 1227 oder, wenn dem Sachbesitzer nicht zugleich Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht, wohl aber nur ein obligatorisches Recht (z. B. Miete) oder gar kein Recht zusteht, § 1007 Platz. (Ebenso Wolff, Sachenr. § 19 VII, 2).

Hierbei wird für die Frage des Umfangs der Haftung durch den Grundstücksbesitzer besondere Bedeutung die Feststellung haben, ob der Grundstücksbesitzer als gutgläubiger, z. B. auf Grund des § 229, 278, 904, oder als bösgläubiger Besitzer anzusehen ist. Weiter wird in diesem Falle zu beachten sein, daß für Schadensersatzansprüche, die praktisch werden können bei Untergang der Sache, erlittenen Schaden

durch Entbehren der Sache (z. B. der Sachbesitzer muß ohne Hut nach Hause gehen und zieht sich eine Kopfrose zu) ausschließlich die §§ 987 ff. in Frage kommen, da durch sie als leges speciales die Anwendbarkeit der §§ 823 ff. ausgeschlossen wird, natürlich außer für die Vorschrift des § 992. (Vgl. über diese Frage, auf die nicht näher eingegangen werden kann, Langheineken, S. 138 ff., Planck, Vorbem.

zu §§ 987—993 Note 1; v. Staudinger zu § 987 Anm. 8; Biermann zu § 987 ff.; Wolff, Sachenr. § 85 II; Kipp bei Windscheid I, S. 610 ff.; Goldmann-Lilienthal II, § 51 I und Anm. 2; Prym S. 73 ff.; Enneccerus I, 2 § 451 I, 1a. und das Reichsgericht 56, 316. Siehe auch Planck zu § 993 Anm. 3b; Staudinger zu § 993 Anm. 1b; Goldmann-Lilienthal II § 51 Anm. 5; Neumann zu § 993 Anm. 1.

b) Anders gestaltet sich dagegen die Rechtsfolge, wenn mit dem Gelangen der Sache auf das fremde Grundstück der **Besitz** an ihr nicht verloren ist, sondern **fortdauert.** Jetzt stellt sich naturgemäß die Inbesitznahme als verbotene Eigenmacht dar und die Klage aus § 861 BGB. ist begründet. Allerdings ist dies nicht ganz unstreitig; es hat sich dagegen ausgesprochen Schröder (S. 26), der nicht zwischen Besitzverlust und -fortdauer in diesem Falle unterscheidet. Dagegen erachten die Klage aus § 867 als gegeben:

Biermann zu § 867 Anm. 3; Planck zu § 867 Anm. 1; Turnau-Förster zu § 867 Anm. 5; Neumann zu § 867 Anm. 2; Wolff, Sachenr. § 19 VII, 2; Fischer-Henle zu § 867 Anm. 5; Endemann II S. 190 Anm. 29; Crome III S. 239 Anm. 12 (§ 386); Strassner S. 14; Schellert S. 40.

Diese Ansicht ist zu billigen. Die Klage aus § 862 kommt hierbei nicht in Frage, da die Inbesitznahme keine Störung, sondern eine Entziehung des Besitzers darstellt. Ebenso hat m. E. der § 859 hier in der Regel auszuscheiden. Da § 867 kein Selbsthilferecht gewährt, würde der Sachbesitzer, falls nicht die Voraussetzungen der §§ 904, 229 vorliegen, mit dem eigenmächtigen Betreten des Grundstücks selbst verbotene Eigenmacht nach § 862 begehen, deren sich der Grundstücksbesitzer mit Gewalt erwehren könnte.

Anspruchsziel ist bei der Klage aus § 861 lediglich die Wiedereinräumung des Besitzes. Weitere Ansprüche des Sachbesitzers, insbesondere solche auf Schadenersatz richten sich daher nach allgemeinen Vorschriften, also insbesondere den §§ 823 ff. Hier werden besonders die §§ 848—851 Bedeutung erlangen.

Dem Sachbesitzer steht natürlich neben diesem Anspruch aus § 861 auch die Klage aus einem Recht an der Sache zu (§§ 985 ff., 1065, 1227, oder § 1007).

3. Erfolgt die Inbesitznahme der auf das fremde Grundstück gelangten Sache durch den Grundstücksbesitzer **nicht** in dem mit „inzwischen" begrenzten Zeitraum, also entweder mit dem Augenblick des Gelangens der Sache auf das Grundstück oder nach Geltendmachung des Abholungsanspruchs, so ist diese Inbesitznahme, wie dargelegt, an sich nicht geeignet, den Abholungsanspruch auszuschließen. Andererseits sind in diesen Fällen unzweifelhaft auch die allgemeinen Eigentums- bezw. Besitzschutzklagen wie im Falle der „inzwischen" erfolgten Inbesitznahme gegeben, der passiv Legitimierte für sie ist erstanden. Es entsteht somit eine Konkurrenz zwischen den genannten Ansprüchen einerseits und dem Abholungsanspruch andererseits. Wie ist diese Konkurrenz zu beurteilen? Darüber herrscht Streit. Während Rohde (S. 86 ff.) der Meinung ist, daß bei bereits eingetretenem Besitzerwerb die §§ 985 und 1007 gegeben seien, somit ein Bedürfnis für die Gewährung des § 867 nicht vorliege, steht Schellert (S. 38/39) auf dem gegenteiligen Standpunkt.

Die Prot. (3, 166) äusern sich hierzu: „Einigkeit bestehe darüber, daß die Vorschrift des § 867 nur platzgreifen solle, wenn die Voraussetzungen der rei vindicatio nicht vorlägen, weil der Besitzer des Grundstücks die bewegliche Sache nicht in seinen Besitz genommen habe." Aus der hieraus sprechenden Absicht des Gesetzgebers, der der Abholungsanspruch seine Einführung verdankt, nämlich das Besitzschutzmittelsystem im BGB. abschließend zu regeln, auch für den Fall, daß ein Besitzer den Berechtigten noch nicht gegenüber steht, aus dieser Absicht

könnte man zweifellos folgern, daß der Abholungsanspruch seiner Natur nach nur ein „Ersatzanspruch“ sein soll, der nur die Lücke des Besitz- und Eigentumschutzes für den Fall auszufüllen hat, daß ein Besitzer, also ein passiv Legitimierter noch nicht vorhanden ist. Sobald daher ein solcher dem Berechtigten gegenüberträte, wäre die Mission des Abholungsanspruchs erfüllt; es kämen nunmehr nur die allgemeinen Besitz- bezw. Eigentumsklagen in Frage, die ja auch, ohne daß der Abholungsanspruch gegeben gewesen wäre, jetzt hätten Anwendung finden müssen. (So wohl auch RGR. Komm. zu § 867 Anm. 2). Aus diesen Gründen sei der Abholungsanspruch hier zum mindesten überflüßig. Planck (zu § 1005 Anm. 1 c) erkennt dies bezüglich der Eigentumsfragen an. Diesen Erwägungen steht aber folgendes entgegen: Der § 985 schützt **nur** den Eigentümer, § 1007 nur den gutgläubigen früheren Besitzer. Der § 867 dagegen steht jedem Besitzer ohne Rücksicht auf seine Gut- oder Bösglaubigkeit zur Seite. § 1007 schützt nicht den mittelbaren Besitzer, da wenn er die Sache dem unmittelbaren Besitzer überläßt, von einem „Abhandenkommen“ der Sache ihm gegenüber keine Rede sein kann. § 867 steht dagegen unter Umständen auch dem mittelbaren Besitzer zu (§ 869 Satz 3). Außerdem hat er den Vorzug schnellerer Erledigung, da petitorische Einwendungen gegen ihn nicht zulässig sind. Sein Hauptzweck ist ja, kleine Besitzverschiebungen baldmöglichst wieder zu ordnen. Schon aus diesem Grunde ist nicht einzusehen, warum er nicht neben den allgemeinen Klagen als vollwertiger Anspruch bestehen soll. Auch seine Stellung im System stempelt ihn als gleichwertigen Anspruch gegenüber den anderen Besitzklagen. Ins Gewicht fällt insbesondere noch für unsere Ansicht seine 30 jährige Verjährungsfrist gegenüber der Ausschlußfrist von 1 Jahre des § 864 für die Ansprüche aus §§ 861, 862. Nach Ablauf eines Jahres stände sonst dem Sachbesitzer keine Klage aus dem Besitz mehr zur Seite (soweit nicht § 1007 eingreift): ein unbilliges Resultat, das abzulehnen ist. Sonach muß der Sachbesitzer die Wahl haben, welchen der Ansprüche er im

vorliegenden Falle geltend machen will; keinesfalls ist ihm der Abholungsanspruch schlechthin zu versagen.

**Anmerkung:** Für Ansprüche des Sachbesitzers gegenüber dem etwaigen Dritten, der die Sache in Besitz genommen hat, scheidet der § 867 vollständig aus, er regelt nur das Legalschuldverhältnis zwischen dem Sachbesitzer und dem Grundstücksbesitzer, auf dessen Grundstück die Sache geraten ist. Vielmehr sind diese Ansprüche nur nach allgemeinen Bestimmungen zu beurteilen, wie auch umgekehrt etwaige Ansprüche des Dritten gegen den Sachbesitzer.

# Lebenslauf.

Ich, Friedrich, Hermann, Arthur Schmidt, bin am 15. Mai 1889 als Sohn des Gutsbesitzers Otto Schmidt und seiner Ehefrau Friederike, geb. Sonderhoff, in Liebenrode, Kreis Grafschaft Hohenstein, Regierungsbezirk Erfurt, geboren und daselbst evangelisch getauft worden. Ich besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Von meinem 6.—9. Lebensjahre besuchte ich die Schule meines Heimatortes. Ostern 1899 trat ich in die Sexta des Gymnasiums zu Nordhausen ein, das ich 9 Jahre später mit dem Zeugnis der Reife verließ, um mich dem Studium der Rechtswissenschaft zuzuwenden. Ich studierte 3 Semester in Würzburg, 1 Semester in Berlin, 3 Semester in Halle a. S. und bestand am 4. Mai 1912 die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Naumburg a. S. Ich wurde dann — zum Referendar ernannt — dem Amtsgericht in Heringen (Helme), sodann dem Landgericht in Torgau zum Vorbereitungsdienste überwiesen. Am 1. Oktober 1913 trat ich als Einjährig-Freiwilliger beim I. Batl. des 3. Thür. Inf. Regts. Nr. 71 in Sondershausen ein, um meiner Militärpflicht zu genügen. Mit diesem Regiment bin ich Anfang August 1914 ins Feld gerückt und habe — am 29. I. 1915 zum Offizier befördert — während des ganzen Krieges dem Vaterlande als Soldat meine Dienste geleistet. In der Tankschlacht von Cambrai wurde ich das einzige Mal schwer verwundet. Ende Dezember 1918 bin ich aus dem Heeresdienst entlassen worden. Seit 23. I. 1919 befinde ich mich wieder im Vorbereitungsdienste. Auf Grund vorstehender, in der Zeit seit meiner Entlassung aus dem Heeresdienste angefertigter Dissertation wurde ich zur mündlichen Doktorprüfung zugelassen, die ich am 1. November 1919 bestand.